



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO “STUDII SALAMANTINI”

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA
TRANSPARENCIA Y LA EXIGENCIA DE MAYOR
TRANSPARENCIA EN CHILE**

NICOLÁS COBO ROMANÍ

Salamanca | 2015



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO “STUDII SALAMANTINI”

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA
TRANSPARENCIA Y LA EXIGENCIA DE MAYOR
TRANSPARENCIA EN CHILE**

NICOLÁS COBO ROMANÍ

Directores: Dr. PEDRO T. NEVADO BATALLA MORENO

Prof. Titular de Derecho Administrativo (USAL)

Dr. NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Prof. Titular de Derecho Procesal —Catedrático acreditado— (USAL)

Salamanca | 2015



**VNIVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

ESCUELA DE DOCTORADO “STUDII SALAMANTINI”

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DE LA
TRANSPARENCIA Y LA EXIGENCIA DE MAYOR
TRANSPARENCIA EN CHILE**

Fdo.: NICOLÁS COBO ROMANÍ

Fdo.: PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO

Fdo.: NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA

Salamanca | 2015

*A mis abuelos, Camilo y Manuel,
abogados honestos y sencillos,
que ejercieron ejemplarmente la profesión con verdadera vocación
y compromiso con la justicia y,
al decir del Profesor ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN,
“ambos eran de esos abogados de los que hay muy pocos”.*

RESUMEN: La transparencia y el acceso a la información pública, constituyen un inmenso aporte al mejoramiento de los estándares de probidad y el fortalecimiento institucional, sin embargo, se hace necesario un análisis desde la normativa, la doctrina y la jurisprudencia respecto de su implementación, desafíos, delimitación y nuevas posibilidades, e incluso eventuales amenazas, todo ello no restringida a la relación de administración y administrados y del rol significativo en el accountability y la responsabilidad, tanto de los funcionarios como de los representantes.

Chile se encuentra enfrentado a un proceso de creciente desconfianza y casos de corrupción que decantan en la exigencia de mayor transparencia como la opción para recuperar la legitimidad en las instituciones y en la política. Se propone una evaluación de la transparencia desde distintos ámbitos como las entidades sin fin de lucro (ONG), el proceso de participación informada en nuevas políticas públicas (integración económica) y las implicancias de transparencia en la interacción con el mundo privado desde la industria alimenticia, en que la información adecuada también parece ser muy importante y donde la exigencia de mayor transparencia se revela como una oportunidad.

PALABRAS CLAVE: Transparencia | Acceso a información | Corrupción | Organizaciones no gubernamentales | Rotulación alimentos | Democracia directa.

ABSTRACT: Transparency and access to public information, constitute a huge contribution to improving standards of probity and institutional strengthening, however, an analysis from the law, doctrine and jurisprudence regarding its implementation, challenges, delimitation, and new possibilities, and even potential threats, all of it not restricted to the relationship of government and citizens and significant role in the accountability and responsibility of both officials and representatives.

Chile is facing a process of growing distrust and cases of corruption that result in demanding greater transparency as the option to regain legitimacy in the institutions and in politics. An assessment of transparency is proposed from different areas such as non-profit organizations (NGOs), the process of informed participation in new public policies (economic integration) and the implications of transparency in the interaction with the private world from the food industry on which adequate information also appears to be very important and where the demand for greater transparency it revealed as an opportunity.

KEY WORDS: Transparency | Access to public information | Corruption | Non Governmental Organizations | Food labeling | Direct democracy.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
1. INTRODUCCIÓN	21
1.1 Planteamiento del problema.....	26
2. EL CONTEXTO: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL EN EL CONTEXTO DE LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN Y LOS NUEVOS ESTÁNDARES	41
2.1 Las causas: La globalización.....	45
2.2 Globalización y sus desafíos para una adecuada regulación.....	49
2.3 Elementos de la gobernanza global, Estado de Derecho, desafíos de un nuevo orden.....	52
2.4 La buena gobernanza global (<i>good governance</i>).....	53
2.5 La constitucionalización del Derecho Internacional	55
2.6 Reconocimiento de principios y normas internacionales en la Constitución política	56
2.7 ¿Un Derecho Administrativo insuficiente?	57
2.7.1 Un nuevo contexto: la desregulación.....	59
2.7.2 Nuevos desafíos	61
2.8 Derecho Administrativo internacional	63
2.8.1 Algunos aspectos fundamentales del orden global	64
2.9 Exigencias de transparencia en el orden jurídico global	64
2.10 Uniones regionales: La Unión Europea.....	65
2.11 Lex Mercatoria.....	68
2.12 El caso de la organización mundial de comercio (OMC)	70
2.13 Breve reflexión respecto del Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y la inversión extranjera directa.....	75
2.14 Jurisdicción global.....	76
2.14.1 Hacia un Derecho global	77
2.14.2 Derecho Administrativo global	78
2.15 Comentarios del capítulo	81

3. LA TRANSPARENCIA EN CHILE Y MODERNIDAD LÍQUIDA.....	85
3.1 Modernidad líquida y democracia líquida	85
3.2 Concepto de transparencia y su relevancia hoy en Chile	97
3.3 Perspectiva internacional.....	105
3.3.1 Antecedentes en la normativa europea	107
3.3.2 Naturaleza del derecho y su reconocimiento de la jurisprudencia constitucional	107
3.4 Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile	112
3.5 Transparencia activa.....	114
3.6 Transparencia pasiva	115
3.7 El Consejo para la Transparencia	116
3.7.1 Historia de la Ley.....	120
3.8 Límites del acceso a la información pública.....	134
3.9 Proceso paralelo en varios países, con distintos énfasis y matices	136
3.10 Transparencia y su fundamento	142
3.11 Corrupción y desafíos transversales: El caso de Chile	152
3.11.1 Consejo Asesor Presidencial	155
3.11.2 Confianza, corrupción y transparencia	160
3.12 Perspectiva regional.....	167
3.13 Financiamiento de la política	168
3.14 Alta Dirección Pública: La selección de los mejores para el Estado.....	171
3.15 Transparencia, un término empleado en sentidos diversos	172
3.16 Resultados, conclusiones y recomendaciones de la Comisión Presidencial Anticorrupción.....	183
3.17 Conclusiones del Informe del Consejo Anticorrupción.....	192
3.18 Transparencia y desconfianza	205
3.19 Medidas anunciadas en la agenda de probidad y transparencia.....	215
 4. TRANSPARENCIA, <i>ACCOUNTABILITY</i> Y TERCER SECTOR.....	 219
4.1 Relevancia del Tercer Sector	219
4.2 Crecimiento del Tercer Sector	221
4.3 Mayores controles para las ONG: No hay acuerdo	222
4.4 Regulación de las ONG.....	223
4.4.1 Constitución Política	223
4.4.2 Organizaciones de Derecho privado sin fines de lucro	224
4.5 Supervigilancia estatal	226

4.5.1 Estatutos tipo para ONGs de Desarrollo.....	228
4.5.2 Comisión Revisora de Cuentas	229
4.5.3 Qué se informa a la Administración.....	229
4.5.4 Registro de personas jurídicas	230
4.6 Sanciones del Ministerio de Justicia.	231
4.6.1 Cancelación personalidad jurídica.....	232
4.7 Rol de fiscalización del Estado sobre entidades constituidas bajo la forma jurídica de Derecho privado.....	232
4.7.1 Caja de Ahorros de empleados públicos.	233
4.8 Consejo para la Transparencia y entidades de Derecho privado	234
4.8.1 ¿Quiénes están sujetos al cumplimiento de la Ley N.º 20.285?.....	234
4.8.2 Amparos ante el Consejo para la Transparencia	235
4.8.3 La transparencia del Tercer Sector	239
4.8.4 ¿Por qué la transparencia es realmente importante?	241
4.8.5 Obligaciones de Transparencia para las ONG	241
4.8.6 ¿Cómo se expresa el derecho de acceso a la información pública?	243
4.9 Transparencia para las ONG en Chile	245
4.9.1 Información que debe enviarse al Ministerio de Justicia.....	246
4.9.2 Transparencia activa	247
4.9.3 Transparencia en el financiamiento.....	249
4.9.4 Financiamiento con fondos públicos.....	249
4.9.5 Fondo mixto público	250
4.9.6 Registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos.....	251
4.10 Normas tributarias aplicables a las entidades sin fines de lucro.....	252
4.10.1 Obligaciones tributarias de las ONG	253
4.10.2 Exenciones tributarias	253
4.10.3 Tratamiento tributario de las donaciones	254
4.11 Análisis del caso de España.....	255
4.11.1 Guía de la Transparencia en España.....	259
4.12 Participación ciudadana y la Ley 20.500	262
4.13 Transparencia para las ONG y mecanismos de Transparencia Internacional.....	269
4.14 <i>Accountability</i> en las ONG	272
4.14.1 Obstáculos a la rendición de cuentas.....	274
4.14.2 Encuesta realizada por Chile Transparente.....	276
4.14.3 Algunos mecanismos para un <i>accountability</i>	281

4.15 ¿Se trata de un tema de legitimidad para las ONGs?	287
4.16 Declaración de París sobre la eficiencia de la Ayuda al Desarrollo	289
4.17 Estado de avance de la transparencia en Chile en el Tercer Sector.....	289
4.18 Transparencia y partidos políticos.....	292
4.19 Comentarios del capítulo	304
 5. TRANSPARENCIA EN EL ETIQUETADO DE ALIMENTOS, ROTULACIÓN Y TRANSGÉNICOS.....	307
5.1 ¿Se vinculan alimentación y transparencia?.....	307
5.2 Hábitos alimenticios	310
5.3 Rol del Estado.....	312
5.3.1 Constitución Política de Chile.....	312
5.3.2 Obligaciones internacionales asumidas por Chile.....	315
5.4 Seguridad alimentaria.....	318
5.4.1 Hambre o mala nutrición	318
5.4.2 Tendencia actual de la alimentación	319
5.4.3 Derechos humanos y su evolución en el contexto internacional	320
5.4.4 Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC).....	321
5.4.5 Observación General N.º 12, derecho a una alimentación adecuada.....	323
5.5 Calidad alimentaria.....	324
5.5.1 Chile y su situación alimentaria	325
5.6 Desiertos alimentarios (<i>food deserts</i>).....	330
5.7 Justiciabilidad	333
5.8 Etiquetados y descriptores nutricionales de los alimentos.....	333
5.8.1 Ley de alimentación y rotulación	336
5.9 Examen de la alimentación desde la jurisprudencia Consejo para la Transparencia	338
5.9.1 Caso de información del uso de antibióticos en el cultivo de salmones	338
5.9.2 Nueva Ley de rotulación de alimentos	338
5.10 Etiquetados y descriptores nutricionales de los alimentos.....	341
5.11 Normativa.....	343
5.11.1 Normativa de químicos utilizados como plaguicidas.....	346
5.11.2 Rotulación alimentos con altos contenidos	346
5.11.3 Reglamento de etiquetado de alimentos.....	353

5.12 Análisis de casos de requerimiento de transparencia de contenidos o procesos de alimentos.....	355
5.13 Transgénicos	357
5.13.1 Definición y aplicación del concepto de coexistencia	358
5.13.2 Descripciones normativas	360
5.13.3 Transparencia sobre localización de los cultivos	362
5.13.4 Mapa de cultivos transgénicos en Chile.....	362
5.13.5 Caso de los informes y la ubicación de bosques.....	364
5.14 Normativa chilena de reserva y otras normas comparadas	366
5.14.1 La Environmental Protection Agency de EE.UU.	366
5.14.2 Controles externos para exportación	366
5.15 Casos de contaminación genética por transgénicos.....	368
5.16 Etiquetado y transparencia.....	370
5.17 Normativa Europea sobre la información alimentaria facilitada al consumidor	372
5.18 Etiquetado y transgénicos	373
5.18.1 Chile y los transgénicos.....	373
5.18.2 Normativa Europea sobre etiquetado transgénicos.....	376
5.19 Seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica.....	377
5.20 Seguridad alimentaria y solicitudes de transparencia	378
5.21 Comentarios del capítulo	383

6. TRANSPARENCIA Y SU IMPORTANCIA PARA UN ACCOUNTABILITY Y BUENA GOBERNANZA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL.....	387
6.1 Perspectiva internacional de la transparencia	387
6.1.1 Transparencia: un derecho fundamental	388
6.1.2 Asamblea General 66 ONU A/RES/66/209	389
6.2 Preeminencia del derecho en el derecho internacional y concepto de <i>rule of law</i>	390
6.3 Organización Mundial del Comercio.....	392
6.3.1 La transparencia como parte de la buena gobernanza	392
6.4 Chile y su opción por la transparencia.....	400
6.5 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y una participación informada	402

6.5.1 Antecedentes históricos de la normativa.....	405
6.5.2 Estatus Jurídico de los Tratados en Chile, evolución del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	407
6.5.3 Autoejecutabilidad y constitucionalidad de la consulta	408
6.5.4 Normas programáticas	409
6.5.6 Normas <i>self executing</i>	411
6.6 El derecho a consulta previa.....	416
6.7 Casos de transparencia y la implementación del Convenio.....	418
6.8 Implementación de la Consulta	429
6.9 Análisis de los cambios en la tendencia en la jurisprudencia nacional	432
6.10. Aspectos generales que se observan en la tendencia de la jurisprudencia nacional	437
6.11 El acceso a la información y lo internacional	439
6.11.1 <i>Open Government Partnership</i>	440
6.11.2 La preocupación por transparentar las restricciones en el comercio, se encuentra presente en varias entidades	440
6.12 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales y la participación ciudadana	442
6.12.1 Cuenta pública del año 2014 de DIRECON.....	443
6.12.2 Procesos de consulta pública	445
6.12.3 Negociaciones del Acuerdo de <i>Transpacific Partnership</i>	446
6.12.4 Análisis de los recursos ante Consejo para la Transparencia por el Acuerdo Transpacífico y otras negociaciones.....	449
6.12.5 Negociaciones de la Alianza del Pacífico	454
6.12.6 Comisión Nacional de Distorsiones de Precios	455
6.12.7 Información confidencial y su tratamiento.....	460
6.12.8 Audiencia pública	461
6.13 Transparencia vs debida reserva: Fiscalía Nacional Económica.....	462
6.14 Semillas transgénicos y transparencia	465
6.15 Comentarios del capítulo	466
7. CONCLUSIONES	469
8. BIBLIOGRAFÍA.....	487

ABREVIATURAS

ABIF	Asociación de Bancos e Instituciones Financieras
ACHIPIA	Agencia Chilena para la Inocuidad Alimentaria
APEC	Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico
CEP	Centro de Estudios Públicos
CGTP	Confederación General de Trabajadores del Perú
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNDP	Comisión Nacional de Distorsiones de Precios
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
COREMA	Comisión Regional del Medio Ambiente
CPC	Confederación de la Producción y el Comercio
CPLT	Consejo para la Transparencia
DESC	Derechos Económicos Sociales y Culturales
EGO	Estrategia Global contra la Obesidad
ENCA	Encuesta Nacional de Consumo Alimentario
ENOA	Etiquetado Nutricional Obligatorio de Alimentos
EPA	Environmental Protection Agency
FACA	Federal Advisory Committee Act
FAO	Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
FDA	Food and Drug Administration
FIFA	Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol
FNE	Fiscalía Nacional Económica

GATS	General Agreement of Trade and Service
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ICC	International Chamber of Commerce
IFAI/INAI	Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (México)
INTA	Instituto de Nutrición y Tecnología de Alimentos
LFTAIPG	Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental
NLEA	Nutrition Labeling and Education Act
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OGM	Organismos Genéticamente Modificado
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización NO Gubernamental
ONU	Organización de Nacionales Unidas
OTC	Obstáculos Técnicos al Comercio
OVM	Organismos Vivo Modificado
PEP	Personas Expuestas Políticamente
PITAC	Public Interest Trade Advisory Committee
SAG	Servicio Agrícola y Ganadero
SEA	Servicio de Evaluación Ambiental
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
SERVEL	Servicio Electoral
SOFOFA	Sociedad de Fomento Fabril

SPS	Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
SQM	Soquimich
TBT	Barreras Técnicas al Comercio
TC	Tribunal Constitucional
UAF	Unidad de Análisis Financiero
UDI	Unión Demócrata Independiente
USDA	United States Department of Agriculture
USTR	United States Trade Representative

1. INTRODUCCIÓN

*“The more strictly we are watched,
the better we behave”*

(JEREMY BENTHAM)

*“La información y la transparencia
han reemplazado a la verdad”*

(BYUNG-CHUL HAN)

El debate alrededor de la transparencia parece estar jugando en nuestros días un rol extremadamente protagónico, aunque debemos admitir que no era fácil de anticiparse esta evolución pocos años atrás, cuando aparecieron unos tímidos intentos para mejorar el acceso de los ciudadanos a lo público, los casos del IFAI¹ (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de datos Personales) en México, que fuera impulsado por el Presidente Fox y el de Reino Unido² (*Government efficiency, transparency and accountability*), datan de relativamente poco tiempo, si se considera que la prensa mundial ha mantenido su atención en casos como Wikileaks³, que fuera liderado por Julian Assange, hasta ahora, en un régimen de asilo político en la Embajada de Ecuador en el Reino Unido, aunque bajo petición de extradición por delitos que no son de carácter político. Pareciera que no hay duda que el desafiante proyecto de Assange, cruzó ciertas líneas invisibles de la tolerancia de las potencias, que estimaron inadecuada “demasiada” transparencia, cuando no la estimaron, derechamente una actividad de espionaje.

Por otro lado, está el caso del norteamericano Edward Snowden, quien ha tenido que huir de EEUU para buscar protección, ya que según afirmaba su vida correría peligro, ya que había violado normas de la agencia de seguridad norteamericana, al

¹ <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/ifai.aspx> (acceso 30 de junio de 2015).

² <https://www.gov.uk/government/topics/government-efficiency-transparency-and-accountability> (acceso 30 de junio de 2015).

³ <https://wikileaks.org/> (acceso 30 de junio de 2015).

filtrar información y actividades que, si bien no eran del todo sorprendentes, al hacerse públicas dichas actividades de espionaje a otras potencias aliadas de EEUU, ello causó no poca sorpresa, molestia e inconvenientes políticos con países europeos.

La transparencia, sin embargo, no es un tema nuevo si se mira que el propio Kant en La Paz Perpetua, ya sostenía que es injusta la falta de publicidad, y que también forma parte del sueño utópico de Marx y Rousseau, e incluso de Platón, que la consideraba necesario que alguien custodiara a los custodios.

La transparencia se ha transformado en nuestros tiempos en un verdadero tótem, una utopía que nos mostrará los defectos de lo público y nos protegerá como ciudadanos honestos, que sufrimos de los abusos de la autoridad. Sin embargo, en verdad, *“este culto a la transparencia como pauta de funcionamiento de los poderes públicos, pero no solo son ellos, constituye un tótem, un estándar generalizado o que se trata de generalizar o aún mejor dicho, una conducta a la que todos apelan (y pocos cumplen) cuya virtualización, su puesta en escena y materialización es el internet”*⁴.

La tendencia de evolución de la política pública de la transparencia y el acceso a la información pública, se ha promovido desde la ciudadanía (*bottom-up*), por los requerimientos del desarrollo tecnológico de las redes sociales y la sobreabundancia de la información y, desde y a través de la Sociedad Red que anticipara Manuel Castell⁵, pero también, desde la influencia de un efecto cascada de las cortes internacionales (*top-down*) que ante casos de solicitud de protección de un derecho de acceso a la información pública, no han dudado en dar la razón a la ciudadanía y, aunque se admite que hay espacios restringidos para una información que se califica como reservada, sensible o de naturaleza de seguridad nacional. Cuando han existido juicios, las cortes han entendido que, al igual que Kelsen, el derecho internacional está evolucionando y se encuentra en un estado primitivo y limitado por el dogma de la soberanía nacional, no puede la adopción de un estándar de protección de lo nacional o local, dejar privados de protección a los derechos fundamentales.

⁴ SÁNCHEZ LAMBAS, Jesús, “Estados modernos, Transparencia y homeopatía” ALBERGAMO MARÍA Ed. La Transparencia Engaña, Madrid Biblioteca Nueva 2014 pág. 178.

⁵ CASTELLS, Manuel. La sociedad red: La era de la información, vol. 1. . Alianza Editorial, 1997.

http://www.fing.edu.uy/catedras/disi/Mat.%20politicas/LaSociedadRed_Manuel_CastellsI.pdf (acceso 30 de junio de 2015).

El caso Reyes Claude vs Chile⁶, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, constituye un excelente precedente de lo que ésta y otras cortes entenderían hacia el futuro que se interpreta la extensión del derecho al acceso, como una expresión de los derechos fundamentales.

Antes que este caso, el caso Gauthier vs. Canadá, el Comité de DDHH de la ONU, ya había planteado que *“los ciudadanos, en particular, por conducto de los medios de información, deberían tener un amplio acceso a la información y la oportunidad de difundir información y opiniones acerca de las actividades de los órganos [del Estado] constituidos por elección y de sus miembros”*⁷.

La exigencia de mayor transparencia, ha supuesto efectos no necesariamente esperados por los gobiernos o incluso por la ciudadanía, ya que mayores estándares de transparencia implicaron que el Estado debía modernizarse y asumir el desafío de poder dar pronta respuesta ante las solicitudes de los ciudadanos, que en algunos casos como la prensa serían muy inquisitorios, que las ONG aprovecharían una ventana, ahora legal y formal, para conocer qué sucede detrás del muro del poder público, y otros casos más extremos o difíciles de delimitar, como el caso de ciudadanos que tienen incluso problemas psicológicos o actúan en el anonimato o utilizando pseudónimos divertidos (recuérdese casos de solicitudes de acceso con identidades tales como Ratón Mickey, en México o el de Pato Donald en Chile), estas solicitudes enfrentaron a las entidades que velan por la transparencia ante situaciones no previstas por el legislador y que implicaron una necesaria reflexión respecto de la necesidad de determinar mejor cuál es el bien jurídico protegido; casos de conflicto de derechos y de los titulares de ellos, algunas veces, se trataba de extranjeros, que no fueron expresamente considerados como los titulares del derecho, pero tampoco expresamente excluidos del ejercicio del derecho de acceso y que en definitiva debieron ser resueltos en la a través de interpretación administrativa que se realizó en el caso específico.

El proceso de implementación de una política pública tan transversal, supuso asimismo la necesidad de desarrollar una base de consensos políticos y, también, de

⁶ REYES CLAUDE ET AL., 2006 Inter-Am Ct. H.R. (Ser. C) N.º 151.

⁷ Citado por PEÑA, Marisol; El valor de la Transparencia en la mirada del tribunal Constitucional; en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas (eds); Transparencia en Chile; Logros y Desafíos a cinco años de vigencia de la ley; Orjikh Editores 2014 pág. 107.

apoyarse en experiencias internacionales que fueran de algún modo asimilables, en el caso chileno, se tuvo en cuenta los casos de Canadá y México y como se temía una verdadera avalancha de consultas, ya que no existían antecedentes de lo que podía pasar, toda vez que la nueva institucionalidad implicaba un cambio cultural de los ciudadanos y de la administración pública, se puso en marcha un sistema de cuyo éxito mucho dependía de los propios funcionarios, que en definitiva son un elemento sustancial en una reforma de esta naturaleza.

El sector de la sociedad civil, nos advierte de los riesgos de una reforma de este tipo, que no integrara a todas las partes y no fuera inclusiva con los funcionarios públicos “[...] *para que este nuevo enfoque que posibilita el derecho del acceso a la información pública logre cumplir sus propósitos, debe equilibrar la articulación de los principios de acción y los principios de responsabilidad, ya que el funcionario público debe cumplir por una parte, con una serie de obligaciones que mandata el Estado y por otra éste posee una serie de derechos en cuanto a que también es un ciudadano con una determinada cultura*”⁸.

Una doble dimensión que generaría según, estos autores una tensión a la hora de establecer los juicios éticos respecto de la transparencia.

Se trata, en todo caso, de una mirada que tiene mucho que ver con la cultura y la aceptación o rechazo de conductas que se consideran como inadecuadas, en torno a los valores que se aceptan, como parte de la esencia de una sociedad y, como afirma Sanz Mulas, “*los valores generales de una sociedad inciden de forma determinante en el comportamiento ético tanto de la Administración como de las personas que trabajan en ellas.*”⁹ Y nos advierte, que pretender que si en una sociedad opera un modelo ético particular, se suponga que la administración pública actúe de manera diferente, ello es algo que parece, imposible.

Por lo que hemos comentado, se puede advertir ya que la transparencia tiene y tendrá grandes desafíos por delante, sus detractores y algunas autoridades desconfiadas de conceder “demasiada” transparencia o grupos nacionalistas, que temen que en los

⁸ DELAVEAU, Gonzalo; MOYA, Emilio y CID, Verónica; Los desafíos de la implementación de una normativa sobre transparencia en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 174.

⁹ SANZ MULAS, citado por NEVADO-BATALLA M., Pedro; legalidad y Buena Administración, garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pág. 46.

casos donde se pueda revelar información que se considere vital para la soberanía nacional, la seguridad, la defensa o las relaciones internacionales, terminen poniendo en riesgo la seguridad de la patria.

Puede ser interesante y merece la pena entrar en el análisis de instituciones que hoy sobreviven, basados fundamentalmente en la credibilidad que tengan en la ciudadanía, el caso de las casas reales europeas, muy cuestionadas por recientes casos de opacidad o, derechamente de corrupción, los que hacen indispensable a esas mismas casas reales de cuidar con todo detalle los desafíos de transparencia y que permita mejorar la confianza de los ciudadanos, y su propia legitimidad y subsistencia institucional, aún antes que comenzara a regir la ley de transparencia en España, la Casa Real española dio cuenta de sus presupuestos en su página web¹⁰ e incluyó las partidas centrales de sus gastos, si ello es suficiente para recuperar las confianzas o bien las exigencias políticas y de los ciudadanos se incrementen en el futuro, es solo materia de esperar como vayan a evolucionar las exigencias de la ciudadanía, para atestiguarlo.

En todo caso, ya se puede apreciar, sin lugar a dudas, que los debates se han vuelto más específicos, a medida que la transparencia ha ido ganado espacios, que la tecnología mejora su potencialidad y que los grupos, sea por motivaciones muy diversas, desarrollan esfuerzos para acceder a determinados tipos de información, con un apetito de información que parece no poder saciarse.

Dentro de estos límites, aparecen algunas áreas más claras para su definición, como son los temas de defensa, la seguridad y las relaciones internacionales, sin embargo, existen otras áreas de información, que son mucho menos precisas y fáciles para tomar una posición a favor o en contra, como es el caso de la privacidad de los actos de funcionarios, que no necesariamente estén vinculados a la fundamentación de una decisión, como ya hemos presenciado el caso de los correos electrónicos de un alto funcionario, el Ministro Secretario General de la Presidencia en Chile, Sr. Larroulet, cuya aceptación de liberación de información contenida en correos, no fue dudada por el Consejo para la Transparencia¹¹, y que fuera requerida por un ciudadano, sin más fundamento, que el interés de conocer todos los correos en un

¹⁰ <http://www.casareal.es/ES/Paginas/home.aspx> (acceso 30 de junio de 2015).

¹¹ <http://www.consejotransparencia.cl/consejo-para-la-transparencia-entrega-decision-en-caso-sobre-correos-electronicos-de-ministro-larroulet/consejo/2012-12-21/202529.html> (acceso 30 de junio de 2015).

período de tiempo. En casos como este se ve confrontado el interés público y el derecho de un ciudadano, así como también la privacidad de un medio electrónico, si bien el citado caso fue resuelto negativamente por el Tribunal Constitucional de Chile. En todo caso, el futuro que nos espera, parece ser mucho más claro, la privacidad será la excepción y, la publicidad, la regla mayoritaria en todas las áreas.

1.1 Planteamiento del problema

Se afirma comúnmente que saber plantear un problema implica adelantar cerca de la mitad de la solución del mismo. Pues entonces, debemos considerar cuál es nuestro problema, para luego diseñar caminos que nos permitan llegar a una conclusión con una base científica y poder llegar a demostrar, si nuestra hipótesis ha resultado ser cierta o falsa.

Sostener que la transparencia es una herramienta poderosa en la lucha contra la corrupción, no parece generar muchos contradictores, ni tampoco, reconocer que soplan vientos que hacen del acceso a la información pública, como una normativa que se está desarrollando profusamente y en que su delimitación, está generando aportes muy relevantes, baste señalar los casos de México (2003), Chile (2008) y España (2013) que terminaron en la creación de una nueva institucionalidad con el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a Información y Protección de Datos (IFAI) en el primer caso, el Consejo para la Transparencia en el segundo y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, en el más reciente.

Cabe hacer presente que, parece aconsejable que no debemos quedarnos en una mera descripción del fenómeno político-legislativo, sin destacar que se trata de iniciativas que han sido promovidas, desarrolladas e incluso implementadas, con un gran aporte de la sociedad civil, tampoco debe olvidarse, que algunos de los países impulsores de esta mayor transparencia son países con niveles de desarrollo que no los tiene entre los primeros del mundo, sino que por el contrario en algunos casos, se trata de países que estarían anticipándose a los desafíos problemáticos de mayores niveles de desarrollo, lo que no deja de ser una señal muy positiva, o tal vez, se trata de una exigencia que aparece desde la base.

¿Qué desafíos genéricos pueden identificarse con el actual grado de desarrollo de esta tendencia, principalmente en los países de nuestra región latinoamericana?

Primero, debemos comentar que se trata de una opción normativa, no sólo al enfrentar el reconocimiento explícito de un derecho y su construcción institucional, entonces, se debe elegir entre, otorgar mayores niveles de autonomía (como es el caso del Consejo para la Transparencia de Chile) o bien implica una mayor dependencia en cuanto a su control del financiamiento, de su localización en el organigrama del gobierno central; o bien se elija por la inclusión de recursos adecuados de revisión en una instancia independiente.

Segundo, proyectos como los que estamos analizando de transparencia y acceso a la información, pueden ser simplemente la implementación de un proyecto, que podría ser letra muerta, si no cuenta con liderazgos con lo que se ha denominado “empoderamiento” y peso político en su implementación. En cualquier caso, hay que aceptar el hecho que el propio gobierno que promueve la ley o la etapa de implementación, parece tener evidentes estímulos para detener o postergar el levantamiento del velo de su gestión política, que redundará en un mayor control y, muchas veces, en el cuestionamiento de las autoridades, a consecuencia de la mayor facilidad de conocer aspectos que, hasta antes de la nueva normativa, eran desconocidos, o irrelevantes en el debate de la política de esa sociedad.

Un tercer ámbito que puede distinguirse, en una etapa inicial de una ley de transparencia, es la delimitación de los ámbitos, personas y casos en los que se aplicará la normativa, aquí ya no nos referimos únicamente a la implementación, sino a la manera en que los organismos públicos y, muy en especial, a cómo la jurisprudencia administrativa y judicial, van a ir definiendo la transparencia y fijando los necesarios contornos en su aplicación, para no caer en una actitud solo de desconfianza de lo público y de lo político, como nos advierte Byung Chul Han.

Cuando los casos de excepción que señala la normativa de transparencia, se refieren a aspectos genéricos y algunos de ellos son muy sensibles, como la seguridad nacional, en todo caso será en esta etapa, donde el derecho tomará vida y se transformará en una herramienta para el mejoramiento de la evaluación de las políticas por los ciudadanos, personificando a un verdugo de los funcionarios y de la administración o, por el contrario se atenúe tanto, ampliando las reservas y restricciones por medio de las interpretaciones, que se transformará en un derecho vacío y carente de eficacia y relevancia para los ciudadanos y el *accountability*.

No podemos, entonces, restringirnos en este estudio en una mera descripción de la transparencia y los ámbitos que la conforman, los que sin duda son de gran relevancia, pero pensamos que nos encontramos en un umbral muy delicado y sustantivo del desarrollo de la transparencia como un derecho, sino totalmente nuevo, al menos, de reciente reconocimiento en las normativas nacionales y en que, si las etapas que hemos descrito no logran resolver con éxito esta etapa, buena parte de los desafíos de la evolución, la transparencia, tiene el grave riesgo de convertirse solo un tema de moda que pasará con el tiempo y en el que los ciudadanos se podrían preguntar, al igual que al final del libro *La Granja de los Animales* de Orwell, en que los animales trataban de recordar cuáles eran los principios que habían impregnado el inicio de su revolución en la granja y que se habían inscrito en un muro para nunca olvidarlos, el paso del tiempo y, mucho más que eso, el desuso de las declaraciones que habían sido un consenso, terminaron siendo borrados, transformados y habían perdido toda vigencia. La transparencia debe, entonces, evolucionar y crecer con los cambios sociales.

Nuestro objetivo en esta investigación será, entonces, analizar en la actual etapa del desarrollo de la implementación y delimitación de la transparencia, pero siempre desde la perspectiva que la transparencia, no es un fin en sí, y debe tener un sentido respecto de un bien jurídico a proteger y, en concreto, relativo a un ámbito de las políticas públicas.

Hemos deliberadamente identificado áreas que nos parecieron particularmente novedosas, menos desarrolladas o incluso olvidadas, ello debido a que se trata de un derecho en una etapa actual de desarrollo y definición o que no se trata de ámbitos prioritarios, ya que la desconfianza parece estar concentrada mucho más en los dineros públicos y en determinados procesos de tomas de decisiones, como las elecciones o la designación de una persona o entidad (a través de mecanismos de compras públicas o de selección de la Alta Dirección Pública). Nos interesó por esta razón, evaluar y hacer un seguimiento de temas como el de la sociedad civil y de las ONG, que han pasado muchas veces desapercibidos por la evaluación rigurosa.

Por otro lado, creemos también necesario revisar los procesos deliberativos en los que la transparencia está jugando un rol muy determinante, aunque no necesariamente se la está considerando como directamente correlacionado (como en los procesos de integración comercial, en los que históricamente siempre ha existido

mucho secretismo), y además los aspectos más significativos de la transparencia en los gobiernos corporativos en la gestión del tercer sector, el que muchas veces, parece que se encuentran exentas del cumplimiento de los mayores estándares de acceso a la información pública y, ello nos llevará a insinuar una pregunta que pudiera parecer algo incómoda, y es, ¿por qué los privados se encuentran sometidos a estándares de exigencia de transparencia mucho menores?

Como si nos pareciera que, no se vería afectada la sociedad de una manera que implique similares estándares que se hacen al sector público. Cuando, muy por el contrario, los privados en sus intervenciones, pueden a veces, afectar intereses de muchos ahorrantes, como también de la fe pública e incluso, de las pensiones, cuando se trata de sistemas de administración del sector privado. ¿Cómo pudiera pensarse que los privados, sean o no con un ánimo de lucro sus actividades, pueden tener una exención de exigencias que permiten la responsabilidad y el *accountability*?

La transparencia, se enmarca en el contexto de la lucha contra del flagelo de la corrupción, que a la sazón representa uno de los problemas más graves y endémicos de las sociedades tardomodernas, ya sea, porque los valores sociales y la cultura los han vuelto más visibles para la ciudadanía o, porque no considerábamos que se trataba de malas prácticas, inaceptables, de hecho, muchas de estas conductas que deberían haber sido reprochadas hace mucho tiempo ya, carecían de un juicio de reproche aunque existía un nivel de conocimiento de la ciudadanía, al menos parcial, de que algo raro estaba aconteciendo.

La probidad y la buena gobernanza, tampoco parecen ser una motivación más allá de declaraciones de buena crianza, cuando, como nos recuerda el Profesor Pedro Nevado-Batalla, se trata de un deber y un derecho.

El buen gobierno en las sociedades democráticas, genera dos efectos:

- no puede tener más resultado que la calidad de una organización pública, y
- como control de las malas prácticas de corrupción, sin embargo, “[p]ara efectos de la cristalización del derecho/deber al buen gobierno no se limitan sólo a las perspectivas de evaluación de la calidad y disminución o desaparición de las malas prácticas”¹².

¹² NEVADO-BATALLA M., Pedro; legalidad y Buena Administración, garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pág. 29.

Los beneficios son mucho mayores, ya que generan confianza, legitima las acciones públicas e incrementa el rendimiento democrático. Siendo éstos, tan fundamentales beneficios para la convivencia democrática, cuesta entender que no se haya prestado mucho antes mayor atención como un problema grave y creciente en nuestra sociedad contemporánea.

Al enfrentar un tema que se encuentra en actual etapa de definiciones, implementación y delimitación, no debemos olvidar que la transparencia tiene muchos enemigos y detractores, baste recordar el libro de Popper “La sociedad abierta y sus enemigos”, para advertir que la mayor apertura y la transparencia tienen y tendrán muchos detractores entre las autoridades, funcionarios, empresarios y las entidades que se encuentren sujetas a las mayores exigencias, cuando esta oposición incluso pueda surgir de los propios ciudadanos, que se opondrán a esta tendencia, aunque ya nos parece algo ya definitivo como tendencia.

Un tema reciente como el descrito, debe asumirse con mucha prudencia, ya que los cambios serán vertiginosos y significativos, en los próximos años e incluso, podemos advertir que existirán retrocesos ante gobiernos más corruptos y políticos oportunistas. Se trata entonces, de una materia que no se puede abarcar en su totalidad y cuya implementación y delimitación, no están del todo, ni sustancialmente resueltos y debemos esperar entonces, cómo se irán desenvolviendo los desafíos de la sociedad chilena, regional y mundial ante estos necesarios debates.

Nuestra investigación, de esta manera, también debe enfrentar un hecho importante, y es que tanto el sector público y el privado, tienen visiones contrapuestas, cuando se habla de la transparencia de la acción de los demás y de la propia de manera contradictoria. La transparencia, es muy deseable para otros, pero menos para uno, haciendo un guiño a Orwell y su famosa frase que la igualdad es algo relativo.

Pensamos entonces, que nos encontramos en una etapa relevante, pero inconclusa, del proceso de consolidación de un derecho que debe ser reconocido, protegido y validado por todos los actores y que pudiera, por lo mismo, hacernos dudar de si es necesario esperar algunas décadas para su análisis con mayor perspectiva y que otorgue una mejor objetividad científica.

Creemos, sin embargo, que la academia tiene un rol fundamental en hacer seguimiento y un *accountability* científico de los avances y retrocesos de este y otros procesos y que, la mejor manera de reducir el peligro de la irrelevancia potencial de una

nueva política pública, sea el seguimiento, el aporte científico y los comentarios a las resoluciones y la jurisprudencia que serán muy necesarios para que, el derecho a la información, se fortalezca sin llegar a ser un mero fin y una amenaza de denuncia del tipo, prensa amarilla, sino que alcance un estatus de máxima seriedad y de un fuerte apoyo a la rendición de cuentas en la gestión de dineros públicos y en la gestión de toda materia que se vincule con el bien común.

El debate sobre la transparencia, se ha circunscrito tal vez demasiado al territorio de la probidad y la corrupción. En efecto es un instrumento muy importante en el contexto del fortalecimiento institucional y de la legitimidad de las instituciones republicanas, sin embargo, creemos que puede mirarse también desde otra perspectiva, en el contexto del ejercicio de otros derechos fundamentales.

Reflexionaremos respecto de la cuestión si la transparencia está limitada sólo a la relación directa entre la administración y el administrado o tiene ámbitos nuevos y habitualmente fuera de la atención de la administración. Del mismo modo, nuestra investigación se ocupará de evaluar si la transparencia como herramienta relevante en materia de probidad que puede requerir una definición y delimitación más precisas.

Como política pública y como herramienta que permite el acceso a la información de la gestión de la administración, la transparencia se ha mirado fundamentalmente desde arriba (*top-down*), en lo que constituye en particular la transparencia activa, la información que el Estado debe y puede entregar a los ciudadanos y que, en consideración con los relevantes avances tecnológicos, el e-government ha logrado impactantes avances y reducir las distancia con los ciudadanos. También, la mirada desde la base hacia arriba (*bottom-up*) es muy relevante, en la que los ciudadanos requieren información, se involucran e interactúan con los tomadores de decisión, muchas veces demasiado distantes de los gobernados, en ello, la transparencia pasiva y la que denominaremos participativa, suponen en el contexto que nos encontramos de grandes posibilidades e incluso, muchas veces, ante casos de impaciencia de los ciudadanos para ser tomados en consideración y oídos con resultados prácticos y concretos en las decisiones de políticas públicas.

¿Qué sucede entonces si bajamos a un aspecto concreto y cotidiano del ejercicio de un derecho fundamental, en la que la información, adecuada, suficiente y oportuna, juega un rol decisivo e inclusive vital?

Hemos querido, entonces, someter los estándares de la normativa actual y los canales informativos que implican el acceso a los alimentos, que están involucrados en las decisiones individuales de consumo, en la planificación e implementación de las políticas públicas alimentarias y de salud. En fin, en el debate respecto de un problema que en muchos sentidos es bastante nuevo, la población ha pasado, en pocas décadas, de problemas graves de desnutrición a problemas de salud por casusa de la obesidad y el sobrepeso, de esta manera y mediante el análisis de este derecho reconocido en algunas constituciones y en las observaciones generales del Comité de derechos económicos sociales y culturales, que han migrado desde un *softlaw* a niveles de exigibilidad crecientes.

¿Es suficiente la información que se entrega a los consumidores, a los escolares y los menores de edad y a las personas que tienen determinadas opciones nutricionales por causa de una ideología (veganos, transgénicos) o una alergia o deficiencia alimentarias (gluten, lactosa)?

Si la transparencia se justifica, en función de la información que quiere protegerse, entonces, tendremos que justificar, al analizar cada caso debatido de transparencia, la importancia de la información comprendida, al hablar, por ejemplo, de los alimentos y de la rotulación no podemos quedarnos únicamente que se trata de una acción significativa para la subsistencia, sino que también parece necesario analizar con detalle sobre el debate relativo al derecho a la alimentación y los compromisos internacionales, así como de las políticas públicas desarrolladas sobre los problemas de salud, que actualmente enfrentan enormes y complejos desafíos para reducir la obesidad y el sobrepeso, en particular, en sectores más frágiles como los niños, es decir, los efectos de la ausencia de una información adecuada en el consumo de los alimentos.

Una aproximación del rol y desafíos que pueden cumplir en la relación entre la administración y los administrados es algo que parece una exigencia y por ello hemos incluido una mirada que abarca desde la experiencia chilena, los debates relevantes respecto de la ley de acceso a la información pública, pero creemos al mismo tiempo que es importante incluir una mirada desde los desafíos del mundo de las ONG y sin fin de lucro, que parcialmente está financiado por dineros públicos y que cumple un significativo rol complementario del bien común, al mismo tiempo nos parece sustantivo ampliar también nuestra investigación a un ámbito que pudiera parecer menos relacionado, nos referimos al mundo de la empresa, con legítimo fin de lucro

y que al proveer de productos o servicios está también vinculado con los desafíos transversales que vive nuestra sociedad. En este sentido, seleccionamos deliberadamente un ámbito en que las empresas son habitualmente las proveedoras, cuando al mismo tiempo están siendo reguladas de modo relevante por la autoridad y en ello encontramos una interesante interacción tripartita, el Estado y los ciudadanos y las empresas de alimentos que deben sujetarse a normas y estándares nacionales e internacionales, en los que se vinculan aspectos de salud y de protección al consumidor, a la vez que de información.

¿Cómo serán los desafíos y debates en el ámbito de la transparencia para las empresas y los productos alimenticios si la miramos desde las obligaciones de información, rotulación y transparencia?

Entonces, analizar la situación alimentaria y de mal nutrición y los compromisos internacionales ante la FAO y otros, además de la evolución de los derechos económicos sociales y culturales, en conjunto con la situación actual de la normativa de la rotulación y etiquetado, que recientemente se ha modificado en Chile, pasando derechamente por un debate del significado e implicancias del derecho a saber y a ser informado y advertido por los proveedores bajo la supervigilancia estatal, respecto a una coordinación de un derecho fundamental, el derecho a la alimentación adecuada, así como ver de qué manera, el derecho a la información se encuentra adecuadamente protegido y en coincidencia con la política de la salud.

Debe advertirse, en todo caso que no es por todos compartida una misma perspectiva, basada en que la transparencia debe tener una motivación, ya que la jurisprudencia de diversos amparos y recursos ante distintas Cortes, se ha planteado que por ejemplo, la identidad del solicitante no es relevante (casos en que el solicitante se identificó sin indicar su identidad); o en lo que se ha solicitado información y en que el requirente, se trata de extranjeros, que no tendrían una aparente justificación en un derecho ciudadano, como el caso de la estudiante argentina, que solicitó las identidades y pagos de asesores del caso ante la Haya con el Perú¹³, que fuera desechado por la Corte Suprema.

¹³ <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/01/680-560636-9-c-suprema-declara-reserva-de-informacion-de-abogados-que-representaron-a-chile.shtml> (acceso 6 de octubre de 2015).

En este sentido es interesante que el Consejo de Europa, tuvo un cambio de criterio muy significativo, ya que pasó, de una recomendación sobre acceso de documentos públicos, en febrero de 2002, al Convenio 205 en noviembre de 2008, aprobado en 2009, que basándose en la anterior, en esta oportunidad le asignó fuerza vinculante¹⁴. Esto revela que las autoridades han oscilado, entre la defensa de un derecho absoluto o en función de garantizar ciertos derechos políticos.

En la mayoría de los casos, en los que los encargados de velar por la delimitación de la transparencia en la sede del Amparo del Consejo, se puede observar una actitud permanente de ampliar la garantía, enfrentados a recursos ante entidades superiores, se pueden apreciar, sin embargo, una tímida actitud de restringir, en nuestro análisis podemos encontrar visiones como el fallo de minoría del Tribunal Constitucional de los Ministros Gonzalo García y Domingo Hernández en el caso rol N.º 2246 de 2013, que citando a Ronald Dworkin, expresan que, su manera de entender los conflictos de derechos, debe resolverse “[...] *un derecho moral o fundamental será triunfo cuando una meta o valor colectivo no sea razón suficiente como para impedirle a un individuo hacer lo que le parezca y, por ende, justificar el perjuicio o afectación que entrañaría su derecho o libertad amagado por el bien colectivo*”¹⁵.

Este fundamento, parece ser uno de los matices que marcarán el debate de las ideas, además, de la delimitación ante las causales de reserva o secreto y que permitirían sustraerse de revelar determinados segmentos de la información, ya que no se consagra un derecho absoluto de acceso, a todo tipo de información, o la naturaleza de la información, según el medio en la que se transmita, como por ejemplo, si el hecho que el mensaje se lleve a través de un medio electrónico, ello marcaría alguna diferencia en cuanto a la protección o su reserva¹⁶, ya que se podría, por esta distinción entre continente y contenido, no constituir información pública o incluso la distinción de si, los funcionarios públicos podrían encontrarse exentos de una protección constitucional del derecho a la privacidad, cosa que evidentemente, no ha sido privado de esta garantía.

¹⁴ FERNÁNDEZ R., Severiano y PÉREZ J. José M.; Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; Thomson Reuters, Aranzadi 2014 pág. 23.

¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional Ministerio Secretaria General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia, Rol: 2246-2012, 31/01/2013, considerando 3.º voto de minoría.

¹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Ministerio Secretaria General de la Presidencia con Consejo para la Transparencia, Rol: 2246-2012, 31/01/2013.

No debe dejar de mencionarse, el hecho que la transparencia es una potencialidad y al mismo tiempo, un desafío, “[e]l diluvio de información al que hoy estamos expuestos disminuye, sin duda, nuestra capacidad de reducir las cosas a lo esencial”¹⁷.

Mayor información, no necesariamente implica que nuestras decisiones serán mejores, la transparencia, por sí misma, no engendra la verdad, e incluso, puede llegar a ser deformadora de ésta, nos recuerda Byung-Chul Han.

¿Qué implicancias tiene que la información, o el exceso de esta, puede terminar desinformando, confundiendo, desviando la atención respecto de lo esencial?

No es fácil trazar la línea respecto de la información que algunos piensen que, para otros esa información no es conveniente, se puede caer en los peligros de un totalitarismo, pero la advertencia es importante, ya que la mirada salvadora de la información, como un remedio para todos los males, puede terminar afectando la manera en que entendemos nuestra democracia hoy y, podríamos pasar, de una sociedad de la desconfianza y de la información, a una sociedad de la vigilancia y del control.

Desde una temática muy correlacionada al derecho de la alimentación, están algunos temas hoy en día muy controvertidos, como la autorización de la producción y venta para consumo humano o bien como pienso para animales, que serán también de consumo humano al final. Actualmente, las exigencias de transparencia son muy bajas respecto de los alimentos producidos sobre organismos genéticamente modificados, en países como EEUU, se ha debatido mucho y ha terminado no revelándose al consumidor final, el hecho que los productos a los que accede en los supermercados, son de origen transgénicos (cerca al 70%).

El rechazo de algunas iniciativas de entregar mayor información al público, respecto de los alimentos en estados federales, considerados progresistas (como son los casos de California y Washington), parece ser muy desalentador, pero creemos que, con toda seguridad, al revisar los temas alimenticios y los transgénicos podremos encontrar alguna evidencia que nos permita concluir si existe un vínculo entre el acceso a la información y el ejercicio de derechos fundamentales como es la alimentación.

¹⁷ HAN, BYUNG-CHUL; “En el Enjambre”, Herder 2014 pág. 89.

Hemos querido someter nuestro análisis a sectores bastante olvidados, como pueden ser la sociedad civil y las ONG, entidades que cumplen, sin embargo, un rol concreto, relevante y complementario con el rol del Estado, y que cuentan con financiamientos públicos y privados, nacionales e internacionales y, muchas veces, con significativos beneficios tributarios, que nos permiten anticipar que, además del rol desarrollado en su actividad, también existen fondos públicos de los contribuyentes involucrados y no siempre adecuadamente rendidos.

El hecho que no existan adecuados estándares de transparencia para el denominado tercer sector, debería ser objeto de preocupación y seguimiento, que aunque sin llegar al control y la desconfianza, podría afectar gravemente su importante rol y la confianza depositada por los grupos de interés.

Para nuestra evaluación, creemos necesario entender en profundidad el funcionamiento, objetivos y aportes de estas entidades con el propósito de poder proponer que, los actuales niveles y exigencias, podrían no ser suficientes.

En nuestra aproximación, nos alejaremos en todo caso, de una mirada dogmática que describe Kelsen, en el sentido de alejarse de la función social del derecho, que una pretendida pureza que se desconecta del objetivo final de su propósito, servir a la sociedad y mejorar sus relaciones, “[...] *se debe a que el derecho nace dentro de sociedades humanas, y son los hombres finalmente quienes pueden decidir cambiarlo o interpretarlo del modo en que sea más conveniente para su época.*”¹⁸

En la investigación que se plantea, se utilizará el método del análisis dogmático jurídico y la revisión documental, asimismo, se empleará el método de análisis de casos. De esta manera buscaremos una aproximación desde la mirada que propone Larenz¹⁹, esto es, describir no solo cómo se ha de proceder, sino que también plantear el valor y el posible éxito de las opciones que encontremos en nuestro análisis, procediendo entonces, no solo desde un punto de vista descriptivo, sino que también, normativo.

Emplearemos, asimismo, el método de la doctrina, que por tratarse de una temática muy contingente y de reciente evolución es comparativamente escasa cuando se refiere a los casos que están sucediendo en medio de desafíos sociales y de cambios

¹⁸ SÁNCHEZ ZORRILA, Manuel; Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 14, 2011, pág. 337.

¹⁹ LARENZ K, citado por SÁNCHEZ ZORRILA, Manuel; Ibíd. pág. 317-358.

normativos que actualmente están en análisis del Congreso y del gobierno, que busca satisfacer a demasiados intereses para encontrar una respuesta armónica. En el contexto de nuestra investigación, como se ha señalado, debemos recurrir a la doctrina actualizada y comparada y aunque los textos son escasos, aunque existe una literatura especializada de creciente y reciente publicación, recurriremos, asimismo, a las normativas y sistemas comparados, cuando sea conveniente para establecer paralelos, estándares y modelos, que nos permitan realizar juicios, evaluaciones e incluso si procede, algunas recomendaciones, cuando ello sea adecuado. Se incluye en nuestra aproximación un seguimiento histórico, pero reciente de la evolución de las tendencias de la doctrina y, en especial, de la jurisprudencia nacional que está delimitando y definiendo los espacios de aplicación del derecho del acceso y transparencia.

La revisión de la jurisprudencia administrativa nacional (realizada fundamentalmente por los organismos recientemente creados para este efecto), pero, no menos importante, se requiere observar lo que sucede con los recursos judiciales que han sido presentados ante órganos judiciales (comúnmente Cortes de Apelaciones y, algunas veces, la Corte Suprema).

En esta delimitación de los matices y de la aplicación al caso concreto, podremos observar, si el derecho se ve fortalecido y ampliado o afectado, disminuido y reducido, por el empleo de criterios que en cada caso se identificarán y comentarán, para destacar las tendencias que se puedan encontrar.

Existe por otro lado, en algunos sistemas jurídicos, controles a través de entidades superiores, con mandatos que permitan asegurar la supremacía constitucional, la que muchas veces, puede caer en la defensa de posiciones políticas, como ha sido la crítica permanente al sistema del Tribunal Constitucional de Chile.

En definitiva, identificaremos y analizaremos contextos, que pudieran parecer como menos atractivos para la academia hasta ahora, ya sea porque, no se los ha considerado vinculados directamente con la transparencia o bien, porque se encuentran en una etapa muy preliminar del estudio.

Para el planteamiento de nuestra hipótesis, debemos considerar este estado del avance aun preliminar de la aplicación concreta de la transparencia y, en que no cuestionaremos su valor ni aporte, pero si sus límites y contextos, en los que podría extralimitarse, afectando el funcionamiento de los órganos o por otro lado, o bien quedar orientado únicamente, a satisfacer la desconfianza y el morbo de saber aspectos

que no dicen relación con el rol importante, que debe y puede cumplir el acceso a la información, cuando contribuye a un objetivo más trascendente y en concordancia con las tareas de la buena administración.

De una manera, pensamos que la transparencia está íntimamente ligada con los requerimientos y desafíos de lograr una mayor participación y legitimidad de los procesos de toma de decisiones, en ello, nos corresponderá evaluar los mecanismos consultivos que se han incorporado recientemente como es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que incorpora en los 18 Estados que han ratificado dicho acuerdo internacional, debiendo asimismo analizarse la naturaleza de estas obligaciones, su autoejecutabilidad y jerarquía dentro del sistema normativo de país. Con ello, debemos incluir la mirada que estamos proponiendo en esta investigación, para comprender lo que ya nos advierte Bauman, respecto a que la sociedad en la posmodernidad, está requiriendo nuevas maneras de inclusión de la ciudadanía, de informar y también de consultar y que se ha denominado en una propuesta de mayor democracia directa con las redes sociales, como está llegando a configurarse la demanda por una democracia líquida. Pensamos, en este sentido que el rol de la transparencia es este proceso juega una tarea muy relevante y que, posiblemente, terminará marcando el éxito o fracaso del desafío político de la sociedad contemporánea.

Se ha planteado por algún sector de la doctrina, el surgimiento de una nueva tendencia respecto de la transparencia, en la que se requiere una mayor participación, la llamada “transparencia proactiva”, ello implica pasar “[...] *de una transparencia reactiva (mediante solicitudes de acceso) y activa, a una transparencia proactiva, en la que se transite del mero cumplimiento legal de las obligaciones básicas de transparencia, o de atención de solicitudes de información, al ofrecimiento y presentación como iniciativa de los servicio de la información pública que se entienda socialmente útil*”²⁰.

Tampoco podemos presuponer, por defecto, que todo lo que implica dar acceso a una mayor transparencia será siempre en beneficio del buen gobierno, esto aun sin olvidar que el mejor desinfectante como afirmara Louis Brandeis, será la luz del sol. No pensamos, empero que lo que no se conoce, debe ser necesariamente algo corrupto

²⁰ JARAQUEMADA, Jorge; Desafíos Pendientes en materia de Transparencia en Chile: la visión del Consejo para la Transparencia; en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas (eds); Op. cit. 8 pág. 86

o indebido, y que quizás pueden existir circunstancias en que la confidencialidad pueda deberse no a la existencia de situaciones delictuales, sino que puede tratarse a razones, por ejemplo, de estrategia política, según Byung-Chul Han, “*si todo se hace público sin mediación alguna, la política ineludiblemente pierde aliento, actúa a corto plazo y se diluye en pura charlatanería*²¹”.

En fin, la exigencia hacia una transparencia total, podría suponer en verdadero cambio de paradigma en nuestra sociedad, con eventuales efectos negativos y de exceso de control, que según advierte el citado autor podría ser muy negativo.

Analizaremos a la luz de una doctrina creciente el debate respecto de, ya no solo los límites de la transparencia que está entregada a la supervigilancia de entidades que resuelven amparos como el caso del Consejo para la Transparencia, sino que el planteamiento que la transparencia como herramienta esencial para la legitimidad y la rendición de cuenta, puede también tener un límite en sí misma, la posibilidad que la transparencia enfrentada a la implementación entusiasta y novedosa de normativas que se han desarrollado en años recientes, puede también tener detractores que han planteado las posibilidades que la transparencia constituya, allá donde no tenga un propósito, donde no exista la protección de datos y de la intimidad, que pase a llevar la privacidad, un posible riesgo a otros derechos. La mirada que proponemos es más allá de la interpretación de los textos legales y requiere una mirada desde otras disciplinas.

Si eventualmente se puede hablar de una suerte de “fundamentalismo de transparencia”, puede ser ciertamente algo exagerado, pero que dentro del debate respecto de una herramienta parece necesario incluirse consideraciones de los potenciales riesgos que puedan implicar una excesiva protección de un derecho en desmedro de otros, puede hacer aconsejable una mirada desde esta advertencia que nos hace una parte de la doctrina.

²¹ HAN, BYUNG-CHUL. Op. cit. 18, pág. 36

2. EL CONTEXTO: DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL EN EL CONTEXTO DE LOS DESAFÍOS DE LA GLOBALIZACIÓN Y LOS NUEVOS ESTÁNDARES

*“La ciencia jurídica tiene la tarea de futuro
de elaborar un Derecho sistemático de las relaciones
administrativas internacionales, a partir de los materiales suministrados
por el Derecho positivo” (E. SCHMIDT-ASSMANN)
“Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho
de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados” (E. KANT)*

Nos enfrentamos a unos desafíos que están más allá del Estado (*Oltre lo Stato*²²), como lo anticipa Sabino Cassese en su libro homónimo, esto es, más allá de sus capacidades, de sus instituciones y, en definitiva, de la propia Administración, del modo como se ha entendido hasta nuestros días.

La aparente insuficiencia de las actuales estructuras jurídicas, parecen llevarnos en dirección hacia una verdadera constitución global, hacia un nuevo orden jurídico global, ya sea en la forma de un derecho administrativo internacional o bien, derechamente, de un nuevo derecho global.

Si como lo plantearan los profesores de la NYU, Kingsbury, Krisch y Stewart “[...] *los paradigmas tradicionales del derecho internacional y del derecho administrativo a nivel nacional, no pueden explicar adecuadamente o hacer frente a estos nuevos regímenes regulatorios globales, que están creando un nuevo campo de la administración global y derecho administrativo*”²³.

Entonces, debemos coincidir con ellos, en que los paradigmas tradicionales ya no son suficientes para un verdadero *accountability* de los regímenes globales. Esto se

²² CASSESE, Sabino “*Oltre lo Stato*”; Editori Laterza & Filgi. 2006.

²³ KINGSBURY, KRISCH & STEWART, The Emergence of Global Administrative Law, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 15 (Summer/Autumn 2005) pág. 2. (Traducción propia).

debe a diversos, complejos y heterogéneos fenómenos económicos, sociales, culturales, políticos, así como de otro orden, que se interrelacionan y, comentaremos más adelante y que, posiblemente, no hemos comprendido en toda su dimensión e impacto, en un proceso que para nada parece haber concluido.

A partir del reconocimiento de esta nueva y desafiante realidad mundial que se nos plantea, parece necesario reflexionar sobre la conveniencia de definir, diseñar e implementar un régimen regulatorio global; determinar cómo hacer responsables en el sentido anglosajón del *accountability*, a quienes sean los destinatarios finales de las regulaciones (ya se trate de individuos, empresas o multinacionales y, también, a las ONGs). Se trata, en definitiva, tender a un orden jurídico que sea extensivo a todo aquel que pueda verse afectado, ya sea, a niveles globales o domésticos, por lo que se ha tendido a llamar muchas veces de manera genérica, como la globalización.

Aunque algunos puedan pensar que se trata de un desafío reciente, fruto de los enormes cambios a partir, en parte, por los procesos políticos (El Fin de la Historia de Fukuyama), desde la caída del muro de Berlín, hace poco más de 20 años y, también, debido a los avances tecnológicos. La verdad, es que se trata de una pregunta que viene inquietando a expertos y analistas desde mucho antes, ya Lorenz von Stein²⁴ en 1866 hablaba de un derecho administrativo internacional, compuesto de un grupo de normas de fuente nacional e internacional, las que se referían a las materias administrativas, en el campo internacional como un todo.

Por otra parte, algunos filósofos del derecho contemporáneo, como el profesor John Rawls²⁵ buscaban la existencia de un Derecho de los Pueblos (*Law of the People*), y no un derecho de gentes, ya que según el mismo explica, lo que pretendía era una concepción con diferentes características que las que incluyen exclusivamente al Estado y su soberanía. El Derecho de los Pueblos, lo entendía Rawls, como una concepción política particular del derecho y de la justicia, que fuera aplicable a los principios y normas del derecho internacional, como también, a su práctica.

El derecho internacional y el orden internacional, están buscando lograr transformarse desde una sociedad global en una comunidad jurídica global, para que ello se logre y exista una preeminencia del derecho en el derecho internacional debe

²⁴ KINGSBURY, Benedict; The Concept of ' Law ' in Global Administrative Law; The European Journal of International Law Vol. 20 N.º. 1, 2009 pág. 23.

²⁵ RAWLS, John; The Law of the People; Harvard University Press 2002. pág. 3.

existir necesariamente un “*international rule of law*”. Esta, según afirma Cesar Villegas, se trata de una moneda de dos caras, en la que debe existir una sumisión del poder público al derecho en su aspecto formal, “*la exigencia de que las disposiciones del ordenamiento jurídico internacional cumplan con una serie de requisitos, tales como por ejemplo, el de la generalidad, el de claridad, el de irretroactividad y el de publicidad, que permitan a dicho ordenamiento aportar estabilidad y certeza a las relaciones que regula*²⁶”.

Villegas agrega que debe adicionarse asimismo, en sentido material, varios principios vinculados a la dignidad humana, en la que las Naciones Unidas han sido de un aporte significativo.

En el sentido que nos referimos, la publicidad y la claridad son conceptos que se vinculan con la transparencia y la exigencia de conocer y de participar de la comunidad internacional. Autores como Simon Chesterman y luego Arthur Watts, que plantean la necesidad de evitar las arbitrariedades, promover la aplicación de la ley en sentido igualitario, por medio de instituciones independientes y efectivas, son elementos imprescindibles para que en el orden internacional se pueda sostener que el derecho internacional está construido sobre la base de un sistema de *Rule of Law* y de un Estado de Derecho Internacional.

Para el profesor Richard Stewart, uno de los iniciadores del estudio formal del derecho administrativo global, existen 3 tipos de regímenes en este orden global:

- Regímenes regulatorios internacionales; basados en tratados (como en los acuerdos medioambientales, a través de tratados internacionales como lo es el acuerdo de Kyoto);
- Redes regulatorias transnacionales; (bancarios, telecomunicaciones, impuestos y la seguridad del transporte) y,
- Acuerdos de mutuo reconocimiento y determinaciones regulatorias de equivalencia cooperativa; (ya que son los Estados quienes reconocen procedimientos y estándares de certificaciones en diferentes productos o servicios).

Existen, entonces, muchos sectores críticos respecto de los actuales niveles de gobernanza y, en especial, sobre las deficiencias existentes en los regímenes regulatorios

²⁶ VILLEGAS DELGADO, Cesar, “La Preeminencia del Derecho en Derecho Internacional”; Thomson Reuters Aranzandi, 2013, pág. 20

globales²⁷, debido al excesivo secretismo, sin que exista un adecuado y oportuno acceso a la información (transparencia activa y pasiva) y de la exclusión en el proceso de toma de decisiones, donde priman los intereses económicos de ciertos grupos organizados que pueden obtener renta (*Public Choice*) o bien, de algunos Estados, que ejercen mayor influencia en el proceso de toma de decisiones.

El involucramiento, de la sociedad civil a través de las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), aunque va en aumento, parece ser insuficiente y debe existir, por lo tanto y como subraya Stewart, una respuesta dentro del derecho, que debe ser más efectiva y que mantenga al mismo tiempo, tanto las decisiones y su implementación, sujetas ambas a niveles adecuados de *accountability*.

Frente a los desafíos descritos, parece que el derecho internacional, defienden algunos autores como Dyzenhous²⁸ (y parafraseando a Lauterpacht), que se trata de un derecho todavía “inmaduro” o “primitivo” (afirma Kelsen), ello debido a la evidente imperfección y de la manipulación política de las organizaciones internacionales de proveer controles adecuados, y propios de un Estado de Derecho.

Como se ha dicho, no es nuevo este cuestionamiento respecto de la eficacia del derecho internacional para dar respuestas a las exigencias de un sistema jurídico. H.L.A. Hart, llega incluso a cuestionar si debe llevar la expresión “derecho”, ya que el derecho internacional para él, carece de legislatura internacional, de tribunales con imperio y de sanciones centralizadas, lo que ha “inspirado desconfianzas²⁹”.

Estamos, entonces, ante un orden imperfecto, heterogéneo y complejo, con normas que parecen cuestionadas y que no darían las garantías adecuadas para un verdadero Estado de Derecho en el sentido más puro y de una buena gobernanza, y en el sentido más amplio, que las nuevas fronteras requieren.

²⁷ KINGSBURY, KRISCH & STEWART. Op. cit. 26, pp. 5.

²⁸ DYZENHAUS, David; The Rule of (Administrative) Law in International Law; Law and Contemporary Problems [Vol. 68:127 (2005). pág. 27.

²⁹ HART, H. L. A. El Concepto de Derecho. Editorial Abeledo – Perrot 2007. pág. 264.

2.1 Las causas: La globalización

La globalización puede ser entendida como un proceso de deslocalización (Ulrich Beck³⁰), y hace necesaria una reflexión, en cuanto a los desafíos que plantea una sociedad mundial de mayor interdependencia, y con crecientes flujos migratorios, crisis financieras de contagios transversales y con niveles de apertura económica jamás visto hasta ahora.

El fenómeno de la globalización implica una variedad de áreas que involucran aspectos económicos, financieros, sociales, migratorios y, en los que la capacidad de regulación, se ve fuertemente cuestionada. Ante ello, existen críticos y detractores, aunque a pesar de ello, que se pueden apreciar innumerables efectos positivos, ya que ha sido un verdadero instrumento de democratización. Para von Bogdandy³¹ el fomento de la democracia y sus valores en la sociedad y el rol que le cabe al derecho internacional como promotor de la democracia liberal y los derechos fundamentales, además del rol fiscalizador de la prensa, son algunos de los aportes relevantes.

¿Pero, entonces, cuál es el verdadero nivel de participación ciudadana? ¿Qué tipo de democracia? ¿Se está ejerciendo un verdadero y adecuado *accountability*? Y de existir éste, ¿se realiza directamente a través de la ciudadanía o mediante un órgano representativo?³²

La globalización, hasta ahora, en su esquema o estructura de gobernanza, ha tenido un evidente énfasis financiero, ya desde los acuerdos de Bretton Woods (1944), nacieron y fueron concebidos por miradas de economistas como J.M. Keynes y éstas dieron origen al GATT, FMI, y al Banco Mundial. Dichos acuerdos fueron dando forma al orden de la post guerra mundial. Sin embargo, este orden no ha respondido del todo a las expectativas de los ciudadanos mundiales, se trata de un sistema con un “*Gobierno Global sin un Estado Global, en el cual un puñado de instituciones y unos pocos participantes controlan el escenario, sin que los afectados tengan voz*”³³ y ha ido generando

³⁰ BECK, Ulrich; Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, Editorial Paidós Ibérica (2004).

³¹ VON BOGDANDY Armin, Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law; The European Journal of International Law Vol. 15 N.º.5 (2004) 894.

³² CASSESE. “Oltre lo Stato” Op. cit. 25, pág. 29.

³³ STIGLITZ, Joseph E.; El Malestar de la Globalización; Santillana Ediciones Generales S.A.; 2002. pág. 69.

manifestaciones y movimientos ciudadanos con fuertes críticos y algunas propuestas alternativas.

El propio Joseph Stiglitz afirma que el esquema concebido por Keynes es muy diferente al que finalmente impusieron las potencias triunfadoras de la II Guerra Mundial. Para él “[...] *la globalización es enérgicamente impulsada por corporaciones internacionales [...]*” y constituye una “*integración más estrecha de los países y los pueblos del mundo, producida por la enorme reducción de los costes de transporte y comunicación, y el desmantelamiento de barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios y capital, conocimientos y de personas*”³⁴.

Recientemente, la denominada “*Crisis Subprime*”, no parece otra cosa, que una crisis generada por los altos niveles de especulación de los agentes económicos, los que muy pronto, se transformaron en una burbuja debido a una inadecuada y deficiente regulación. Posteriormente y como era de esperar, se gatilló un abrupto desplome en los mercados financieros, primero en Norteamérica, y muy rápidamente, se expandió el contagio a todos los mercados financieros del mundo, ya demasiado interconectados e interdependientes y, por lo mismo, muy frágiles, que dieron en parte origen a las teorías de la interdependencia compleja de Joseph Nye.

Es muy posible encontrar algunos de los antecedentes de las crisis posteriores a los 90, en el sorprendente y masivo proceso de desregulación descrita por Stiglitz en su libro³⁵ “Los Felices Años 90”, proceso que fue profundizado en los gobiernos de Clinton y Bush W.

Al parecer, nos encontramos ante una peligrosa constatación de una insuficiente estructura regulatoria global y que no se encuentra bien coordinada por los gobiernos nacionales, como tampoco por instituciones internacionales. Asimismo, se puede afirmar que los especialistas del derecho, tal vez no hemos sido tan eficaces en diseñar estructuras jurídicas que impliquen una respuesta más ajustada a un proceso que, parece más marcado por la influencia de economistas que por juristas.

Este tipo de crisis financieras de alto contagio, que se han reiterado cuyas causas que son muy semejantes y las soluciones pasan por costosas intervenciones estatales de rescate que, la mayoría de las veces, van en favor de los mismos especuladores que

³⁴ Ibíd., p.48.

³⁵ STIGLITZ, Joseph E.; *The Roaring Nineties*; WW Norton and Companies, 2003.

fueron los causantes de la misma (se dice ¡cuando hay crisis todos son keynesianos!). Se nos plantea entonces, un enorme desafío ya que las crisis de las últimas décadas son demasiado similares a las anteriores y sólo va cambiando el tipo activo financiero que termina siendo objeto de especulación, que representan una mera causa material de la crisis, más no la causa esencial, tampoco parece que la solución iría por atender sólo éstos aspectos formales y específicos (crisis de los bonos basura 1988 en EEUU, crisis inmobiliaria en Tailandia que generó la crisis asiática 1997, crisis de las puntocom en 2000, crisis Subprime en 2008). Para el gobernador del Banco Central de Reino Unido (KING³⁶) las capacidades de los bancos centrales no están orientadas ni son suficientes para evitar el sobreprecio de los activos financieros, y por lo tanto deben mejorarse los esquemas regulatorios.

La banca de inversión y los enormes montos manejados por los fondos de cobertura o *hedgefunds*, están muy lejos de la capacidad regulatoria de los bancos centrales de las principales economías del mundo, que incluso han realizado acciones coordinadas como la famosa reunión del G7 en el Hotel Ritz a finales de la década de los 80, llegan a producir mínimos efectos en las expectativas por breves momentos. Es preocupante confirmar que “[...] *el establecimiento de políticas monetarias y fiscales comunes no tiene demasiadas recompensas*³⁷”.

Las crisis de confianza de los mercados posteriores al ataque de las torres gemelas (septiembre de 2001) o, incluso las medidas gubernamentales de rescate para proveer de liquidez a los mercados mundiales, han implicado una acción coordinada para evitar una crisis total de confianza en el sistema financiero mundial (durante el año 2009), terminan siendo meras acciones paliativas que evitan o, a lo sumo postergan, una caída al precipicio. Parecen del todo insuficientes para prevenir, disminuir y finalmente para salir de las crisis que se han enfrentado en las últimas décadas y es posible que en los próximos años encontremos nuevos formatos de un semejante desafío especulativo. Entonces, se hace imperativo repensar algunos aspectos regulatorios.

³⁶ CLARO, Sebastian Y RREDIG, Fabian; La Pregunta de la Reina; Lecciones de la orimera crisis económica mundial del sXXI; Pearson 2010, pág. 227

³⁷ KRUGMAN, Paul; La Era de las Expectativas Limitadas; Ariel Sociedad Económica, 1998 pág. 185.

Basta observar el libro escrito por Keynes tan pronto como en 1919, llamado “Las Consecuencias Económicas de la Paz”, para dimensionar que una mala regulación puede llevar a un caos, que una regulación inadecuada del orden mundial, puede conducir a una sociedad a crisis tan horribles como la historia de los últimos 80 años nos ha reiterado tristemente. También debe entenderse, como lo expresa Ulrich Beck, que desde el desastre de Chernóbil, existe una mayor incertidumbre y peligros compartidos, ya que en nuestra civilización “[...] surge una novedosa asignación global y mundial de peligros frente a la cual las posibilidades individuales de decisión apenas existen [...]”³⁸. Entonces, se trata de reflexionar mejor sobre estos fenómenos mediante una perspectiva interdisciplinaria y no dejarlos exclusivamente en manos de especialistas sectoriales para resolver todos los aspectos.

Ulrich Beck señaló que vivimos en una sociedad en la que el riesgo ya no es individual, en el sentido de una región, un poblado o incluso de un único país, los riesgos ya son transfronterizos, los efectos medioambientales parecen no necesitar una visa para cruzar fronteras, el proceso de calentamiento global que nos ha forzado a entenderlo como un mayor desafío mundial de un cambio climático y nos plantea problemas que demandan una coordinación colectiva y de regulación estandarizada y en que la soberanía en sentido nacionalista, no puede ser un impedimento para buscar soluciones conjuntas y estables en el tiempo.

Entonces, parece que hay que entender antes la conformación actual de la regulación del orden mundial, y que es claramente imperfecto y, además, tiene un formato que privilegia los acuerdos políticos cruzados y las negociaciones paralelas, otorgando mucho peso a potencias que ya no responden al esquema que el mundo nos presenta, de acuerdo a la configuración postcolonialista.

Parece ser, que la cooperación y la autonomía de este proceso (un *laissez faire* principalmente económico, aunque no limitado a éste), son factores que han favorecido este proceso de ampliación casi autárquico, primero, durante la guerra fría se observa un proceso en paralelo, a un lado del muro de Berlín y, fundamentalmente, desde la década de los 80 un proceso privatizador y de multinacionalización de las compañías, por otro, un proceso de dependencia interna de un núcleo directivo, regulador y que muchas veces subsidió a los miembros. Pero, a partir de 1989, el

³⁸ BECK, Ulrich, La Sociedad del Riesgo Hacia una Nueva Modernidad; Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1998. pág. 47.

proceso ha integrado a cuantos nuevos miembros se puedan convocar, incluso dada su velocidad, parece un proceso de extrema ansiedad y de poca claridad de su rumbo, el crecimiento acelerado de la Unión Europea nos hace pensar en la conveniencia de un ritmo que pasa en pocos años de 15 a 27 miembros, sin un proceso de revisión y evaluación. Este proceso no parece que deriva de un *accountability* electoral ni está basado en consensos, sino en una legitimidad que se fundamenta en el derecho³⁹. Parece levantarse un consenso desde algunos economistas en cuanto a la necesidad de establecer mecanismos de gestión y “*governance*”⁴⁰ de la globalización mediante fórmulas de coordinación y supranacionalización.

2.2 Globalización y sus desafíos para una adecuada regulación

La capacidad de ejercicio del Estado-Nación, disminuyó por el creciente desplazamiento del alcance desde niveles territoriales a una amplitud regional y, a veces, mundial, tanto en sus posibilidades económicas, como en la creación y ejercicio del derecho.

Los procesos de liberación comercial, la armonización y estandarización de normativas, desregulación y eliminación de trámites administrativos (ya sean discriminatorios o no), han caracterizado las últimas décadas.

El concepto de fronteras, otrora muy claro en su implicancia de limitación de la actuación de los gobiernos, parece desdibujarse a través de distintos niveles de acuerdos de tipo comercial (Tratados de Libre Comercio) o incluso por medio de la pérdida de la exclusividad en la competencia y ciertas materias de los tribunales nacionales, a través de cortes internacionales de derechos humanos (Corte Interamericana, Tribunal Europeo) y en tribunales con competencia ampliada, como La Corte Penal Internacional.

Los procesos de globalización están modificando y reduciendo las barreras nacionales, el derecho nacional ya no puede entenderse exclusivamente dentro de una jurisdicción territorial, ya que los actores y procesos se han extendido, como un

³⁹ CASSESE, Sabino, “La Globalización Jurídica”; Instituto Nacional de Administración Pública, Ed. Marcial Pons 2006. pág. 21

⁴⁰ TUGORES QUES, Juan; Crisis: Lecciones aprendidas...o no. Fundación Privada CEI; Marcial Pons 2010, pág. 20.

fenómeno de “pluralismo jurídico”⁴¹ que es determinante para entender el derecho en la posmodernidad.

Dicho pluralismo jurídico global, para Snyder, regula y configura un nuevo contexto y está conformado por dos tipos de elementos⁴²:

- estructural, por una variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos sin espacio geográfico, sin un foro o institución, determinado; y
- relacional, mediante relaciones entre ámbitos de naturaleza diversa (tanto de estructura y su proceso).

Se trata entonces, de un pluralismo jurídico y no un globalismo jurídico kelseniano “[...] *que auspicia la realización de una pacífica comunidad mundial sobre la base del postulado de la unidad de la especie humana. Moral universal, Derecho universal y Estado universal, constituyen para Kelsen una compacta unidad normativa. En este intento de trasplantar en el "caos" del siglo XX y de proponer para toda la humanidad la idea clásico-cristiana e ilustrada de armonía universal están lo fascinante y lo frágil del internacionalismo kelseniano*”⁴³.

Son dos las características más relevantes que se observan en este proceso mundial, que impactan decididamente en el derecho. Por un parte, tiende a la Uniformidad (y a la generación de estándares) y, por la otra, tiende a la Desregulación, por los mismos incentivos que existen hacia la apertura, al aumento de la competitividad y de calidad de sus Administraciones, de sus regulaciones y de su sistema judicial⁴⁴.

Los Estados, como reacción y con el objeto de captar nuevos flujos de inversión extranjera, se apresuran en eliminar las medidas proteccionistas de antaño, abandonan

⁴¹ TWINING, William; Derecho y Globalización; traducción de Oscar Guardiola Rivera y Clara Sandoval Villalba; Siglo del Hombre Editores 2003. pág. 256.

⁴² ZINDER, F. citado por DE JULIOS-CAMPUZANO Alfonso (editor), Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho Dimensiones Jurídicas de la Globalización. Editorial Dykinson S.L, 2007. pág. 19.

⁴³ ZOLO, Danilo, El globalismo judicial de Hans Kelsen; Jura Gentium, III (2007), 1, en http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/thil/kelsen.htm#* (acceso 11 de junio de 2015)

⁴⁴ BALLBÉ, Manuel; “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización entre la Americanización y la Europeización” Revista de Administración Pública N.º 174, sept-dic (2007) pág. 246.

las políticas de sustitución de las importaciones en Latinoamérica y ofrecen mejores oportunidades tanto a los inversionistas como a los importadores de bienes.

Como consecuencia de todo ello, se genera una competencia de localización⁴⁵ entre los ordenamientos jurídicos que buscan, a través de su mayor eficacia, con el propósito de atraer a la inversión extranjera y evitar regulaciones excesivas, y en definitiva, terminan condicionando las decisiones estatales relativas al ordenamiento de la actividad económica y con miras a generar una mejor oferta.

Al esquema actual en el orden internacional, se le puede denominar como una “[...] marginación del régimen jurídico privado de las transacciones internacionales”, cuyas normas regulan más bien las relaciones interestaduales con una “creciente importancia que asumen los organismos y en los procesos de creación de normas de carácter privado o extraestatal⁴⁶”, todo ello, genera una tensión entre, por una parte, las actividades globales y, por la otra, un alcance territorial propio [y limitado] para el legislador.

La suma de varios factores como los procesos privatizadores incentivados desde las políticas como el denominado el Consenso de Washington (1989), implicaron una disminución en el rol de los gobiernos, la privatización de empresas estatales, la eliminación de las regulaciones y la intervenciones del gobierno⁴⁷, el crecimiento exponencial de las empresas multinacionales, a través de numerosas adquisiciones y fusiones. Los énfasis, entonces, fueron muy claros: privatización y liberalización.

Al final, la suma de los procesos de desregulación, como en el caso del mercado eléctrico de California, según Stiglitz, resultaron en una debacle. La desregulación, que ya es característica en la tendencia neoliberal y que para Capella⁴⁸, significó una mengua del ámbito de lo público (característica de la legalidad adoptada por la economía) y que en el derecho contemporáneo, hay una cesión de capacidad de decisión desde lo público a lo privado.

⁴⁵ DE MIGUEL, Pedro Alberto, Anuario Español de Derecho Internacional Privado t. I, 2001 pág. 57.

⁴⁶ Ibíd., PÁG. 47.

⁴⁷ STIGLITZ, Joseph E.; Op. cit. 38. pág. 229.

⁴⁸ CAPELLA, José Ramón, “Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado” Ed. Trotta 1997 pág. 269.

La globalización termina impactando, sin duda, a la estructura estatal, afectándola en su organización institucional, generando una verdadera crisis de la soberanía como pilar conceptual aceptado desde la Paz de Westfalia en 1648, y traspasando a nivel interno, como una verdadera crisis de legitimidad⁴⁹.

El monismo, se ve suplantado por nuevos cauces y de formas de producción jurídica, que se orientan en un contexto de interdependencia y las formas jurídicas transnacionales, va permeando hasta llegar –e influir decididamente- sobre los ordenamientos jurídicos nacionales, llamados por Habermas⁵⁰ “agujeros de legitimidad”.

Se trata propiamente de una crisis y de un desafío de transformación de un modelo en el que se han invalidado los medios tradicionales en el actuar de los poderes del Estado, para servir a la persona, sus derechos y libertades en una sociedad posmoderna, heterogénea, con fuentes complejas de creación de normas, con predominancia de un origen externo y ajeno al Estado, de una creciente influencia de sistemas jurídicos anglosajones y de la jurisprudencia de tribunales internacionales⁵¹– americanización del derecho-.

2.3 Elementos de la gobernanza global, Estado de Derecho, desafíos de un nuevo orden

Muchos autores plantean, que la globalización “[...] *está conduciendo a una cierta americanización del derecho, tanto en lo que afecta a su contenido a los modos de comportamiento de las administraciones públicas, a las instituciones que están aplicando este sector del ordenamiento jurídico*”⁵². La influencia del derecho anglosajón no debe verse con desconfianza, ya que ha sido decisiva y ha contribuido con importantes mejoras a los sistemas continentales.

Cesar Villegas, nos aporta una interesante conceptualización de lo que debe la preeminencia del derecho “*aquel principio a la luz del cual el ejercicio del poder estatal,*

⁴⁹ DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (editor), Op. cit., 45. pág. 21.

⁵⁰ DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (editor). Op. cit., 45. pág. 22.

⁵¹ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz; “Derecho Administrativo y Globalización”, Cátedra Garrigues, U de Navarra Ed.Civitas Madrid (2004). pág. 37.

⁵² GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.; Revista de Administración Pública Núm. 164. mayo-agosto 2004, pp. 14.

*y el de los demás sujetos del derecho internacional, estaría sometido a un ordenamiento jurídico destinado a aplicarse a todos ellos, de manera independiente y efectiva, en un plano de igualdad, siendo sus disposiciones compatibles con las normas y principios internacionales derivados de la dignidad intrínseca del ser humano.*⁵³”

Para que se pueda lograr este estado deseable de un sistema global que permita otorgar previsibilidad y certeza jurídica, se requiere adoptar varias acciones que le son prerequisites para su fin, medidas para garantizar el respeto de los principios de la primacía de las normas imperativas del derecho internacional, es decir, las normas de *ius cogens*, asimismo que exista mecanismos en los que exista responsabilidad y rendición de cuentas, al de equidad, la no arbitrariedad y la transparencia, que incluye Villegas entre los requisitos esenciales para que exista este estado utópico de “*rule of law*” internacional. Todos estos principios se han ido gestando paulatinamente con el avance y desarrollo del derecho internacional, mediante el acuerdo de las convenciones, el desarrollo de los principios generales del derecho internacional y resoluciones de la comunidad internacional, en el foro de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como la Resolución N.º2625 que consagra relevantes principios generales de la sociedad internacional.

2.4 La buena gobernanza global (*good governance*)

Desde las últimas décadas, algunos organismos internacionales, en especial, el Banco Mundial, se han preocupado activamente de la buena gobernanza⁵⁴, concepto de origen anglosajón, que han incorporado, en áreas muy concretas, como: Servicio Público Eficiente; Sistema Judicial Independiente y un Marco Legal adecuado para el cumplimiento de los contratos; Administración de Fondos Públicos bajo rendición de cuentas; Auditoría Independiente, que se informe al poder legislativo; Respeto del derecho y, en particular, de los Derechos Humanos, Libertad de Prensa y una Conformación Institucional pluralista.

Para una mejor implementación, algunas entidades como la Comisión Europea, han elaborado documentos de orientación como el *White Paper on European Governance* (WPEG), en el que evalúan el estado de avance en las prácticas dentro de

⁵³ VILLEGAS. Op. cit. 29; pág. 170.

⁵⁴ HARLOW, Carol; Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, The European Journal of International Law Vol. 17 no.1, 2006. pág. 199.

la Unión, incorporando interesantes procesos de consulta con la sociedad civil, respecto de la buena gobernanza.

En el orden interno, la buena gobernanza sirve para proteger las libertades, y el principio de legalidad que exige a la administración de respetar las leyes y mediante el voto los ciudadanos van dando su consentimiento a las decisiones y limitaciones que les afectan. En la esfera internacional el *accountability*, opera de manera diferente, no existiendo un poder ejecutivo, los estándares de procedimiento de los cuerpos internacionales se efectúan respecto de los Estados que los conforman, quienes ceden soberanía y quedan delimitados en su actuar⁵⁵.

Para von Bogdandy⁵⁶, la existencia de determinados principios legales pueden desempeñar una función adicional, al ayudar a desatar las potenciales burocracias que pueden existir a nivel internacional. En algunos casos, se observa que hay entidades internacionales que con su actuación pueden estar afectando los valores mismos de la democracia o del Estado de Derecho (el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la Comisión del Codex Alimentarius).

El Estado del Derecho (*Rule of Law*) y el debido proceso, son algunas de las conquistas más relevantes del derecho en el último siglo, las que se conforman de algunos elementos como⁵⁷: participación de los interesados en los procesos de toma de decisiones, principio de razón y de proporcionalidad de la acción pública, obligación de motivar las decisiones y la revisión judicial.

A la vista de lo expuesto surge la siguiente pregunta de la existencia de principios comunes, de *ius constitutionale commune* en la esfera internacional, que permitan identificar elementos del Estado de Derecho y principios generales de la autoridad pública internacional.

Si en algunos casos se observa que hay entidades que con su actuación pueden estar afectando los valores mismos de la democracia o del Estado de Derecho (el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la Comisión del Codex Alimentarius).

⁵⁵ CASSESE, Sabino “Global Standards for national Administrative Procedure” Law and Contemporary Problems [Vol. 68:109, 2005. pág. 126

⁵⁶ VON BOGDANDY, Armin General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field; German Law Journal, Vol. 09 No. 11 (2008) pág. 1913.

⁵⁷ CASSESE, Sabino; Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato, Giulio Einaudi Editore s.p.a. Torino, 2009. pág. 50.

Para von Bogdandy⁵⁸, la existencia de determinados principios legales pueden desempeñar una función adicional, al ayudar a desatar las potenciales burocracias que pueden existir a nivel internacional.

2.5 La constitucionalización del Derecho Internacional

La constitucionalización del derecho, no se trata de una visión formalista, se trata en cambio, de distintos niveles que se superponen a nivel de la soberanía de los Estados, a nivel regional y a nivel mundial, transformándose en un “orden de órdenes”, una normatividad, especialización y prescripción.

Los sistemas regulatorios globales⁵⁹ se encuentran cuantitativamente muy desarrollados, aunque continúa señalándose a los Estados, como los centros del poder. La verdad, es que el Estado no ha sido hasta ahora suplantados por un orden jurídico global, aunque ya existen nuevas dimensiones que lo están requiriendo. El Orden Global es a la vez, un orden plural y que carece de unidad, ello no obstante, que tienen mayor visibilidad organizaciones como las Naciones Unidas, pero esto no implica una jerarquía o necesariamente una mayor influencia.

Ante un orden jurídico global, que se compone de tantos sistemas regulatorios diversos, yuxtapuestos, principios y reglas comunes que buscan afirmarse, ¿cuál es su base constitucional en la que se funda? Ante la crisis de constitucionalidad, no parece cierto para Cassese, que sólo para el caso del Estado pueda existir la necesidad de una constitución, actualmente existiría una rendición directa con el pueblo, el orden jurídico global que “[...] *establece relaciones directas con la sociedad civil y el estado actual, por lo tanto, la necesidad de conceder derechos a los individuos o grupos contra los poderes*⁶⁰”.

Para que exista un derecho constitucional propiamente dicho, deben estar presentes previamente los elementos esenciales del derecho administrativo, esto es⁶¹: la obligación de transparencia, principio de participación y del contradictorio, la obligación de motivar las decisiones, reclamaciones ante tribunales y el control del

⁵⁸ VON BOGDANDY, Armin; General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field; Op. cit. 59 pág. 1913.

⁵⁹ CASSESE. “Oltre lo Stato” Op. cit. 25. pág. 46.

⁶⁰ CASSESE. “Oltre lo Stato” Op. cit. 25. pág. 29

⁶¹ CASSESE. Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato. Op. cit. 60, pág. 135

rendimiento. La voluntariedad del orden jurídico global, al no ser vinculante, hace que su efectividad sea difícil de confirmar y dependa, finalmente, mucho más del reconocimiento de la contraparte.

2.6 Reconocimiento de principios y normas internacionales en la Constitución política

Se han insertado en las constituciones desde la década de los 80, disposiciones que norman y reconocen la relevancia del derecho internacional y su vinculación con el derecho interno. En la mayoría de las constituciones de Latinoamérica, es muy explícita esta tendencia y se han incluido artículos que se refieren a la incorporación de principios y obligaciones del derecho internacional, en particular, de los derechos fundamentales (DDHH) de transparencia entre estos y de qué manera que se contempla su inserción, su control (preventivo o ex post) de su legalidad o constitucionalidad y su jerarquía dentro del ordenamiento nacional. Dentro de esta evolución, la Constitución de Chile fue modificada en 2005, e incorporó una disposición en el artículo 5.^o⁶² que reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales.

Por otro lado, se encuentran pendientes de resolver de manera definitiva, aspectos como el control de la constitucionalidad, en cuanto al rol del Tribunal Constitucional. En fallo de dicho Tribunal (rol 1288 de 25 de agosto de 2009), respecto del control que le compete del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N.º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Se estableció por voto de la mayoría, la posibilidad de una inaplicación para un caso particular posterior a la entrada en vigencia del tratado, lo que parece abiertamente en conflicto con principios de la Convención del Derecho de los

⁶² “Art. 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Tratados de Viena de 1969, en cuanto a la Buena Fe, *Pacta Sunt Servanda* y al claro texto del artículo 27 de dicha Convención⁶³.

Puede convivir esta apertura económica, un feroz proceso de integración económica (con niveles que sólo existían a inicios del siglo XX), basada mucho más en regulaciones bilaterales, (y cuya menor regulación lo ha beneficiado), con un ordenamiento jurídico supraestatal. Cassese⁶⁴, reconoce que el sistema mundial al que se ha llegado, no tiene una Constitución, un gobierno ni un modelo político estable (tanto en sentido formal o material), pero al mismo tiempo, reúne los elementos de un ordenamiento jurídico, esto es, pluralidad de sujetos, organización y normativa.

En relación con el orden jurídico global, para Cassese se aprecian fenómenos estructurales diversos⁶⁵ y convergentes, como la sectorialidad del régimen global y sin jerarquías definidas, una escasa uniformidad de los numerosos regímenes que constituyen, la manera peculiar en que lo público y lo privado interaccionan en el ámbito global, el empleo de la administraciones nacionales por parte de las instituciones globales, la relación directa establecida entre los regímenes regulatorios globales con los regímenes privados y la multipolaridad de la disputas globales.

2.7 ¿Un Derecho Administrativo insuficiente?

Por el proceso de expansión de la extraterritorialidad, principalmente a través de los mercados financieros, los gobiernos perciben su limitado margen de acción frente a las estrategias de producción, que escapan cada vez más a las políticas intervencionistas de los gobiernos. En efecto, “*la administración y la legislación nacionales no tienen ya un impacto efectivo sobre los actores transnacionales [...]*”⁶⁶, los que planifican a escala mundial. Los gobiernos nacionales, afirma Habermas⁶⁷, son

⁶³ Art. 27: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

⁶⁴ CASSESE. “La Globalización Jurídica” Op. cit. 42, pág. 17.

⁶⁵ CASSESE. Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato Op. cit. 60, pág. 50.

⁶⁶ FARÍA, José Eduardo; “El Derecho en la Economía Globalizada”; Ed. Trotta Madrid (2001) p.44.

⁶⁷ Citado por FARÍA. Op. cit. 69, p 44.

cada vez más débiles, ineptos e ineficientes en la conducción autónoma e independiente de sus respectivas economías.

Hoy el fenómeno administrativo se ha convertido en algo independiente del Estado. Para Sabino Cassese, Estado y Administración, han tomado direcciones diversas y, el concepto mismo de Estado “*debe abandonarse porque no corresponde ya con ningún instituto del derecho positivo*”⁶⁸.

Por el proceso de desconfianza hacia el Estado y la administración, se va perdiendo fuerza ya que existe un “[...] *derecho administrativo impulsado por la necesidad que la sociedad tiene de las administraciones públicas y ordenado con el fin que éstas presten servicios a los ciudadanos*”, entonces el eje ya no es tanto en torno del juez y de los controles “[...] *sino en la legislación, en los reglamentos administrativos y en la eficacia de la máquina administrativa*”.

Es más, para Sabino Cassese⁶⁹, ya no hay sector alguno del derecho administrativo en el que no exista alguna organización internacional que genere estándares, directivas o controles. El derecho administrativo, ya no es el mismo, en forma definitiva e irreversiblemente se ha internacionalizado.

Frente a estas dos tendencias que terminan potenciándose al sumarse, exige que se realice un replanteamiento, sostiene Ricardo Rivero⁷⁰, a nivel supranacional, comenzando por el papel del Estado, se requiere desarrollar sistemas de control supranacionales de la economía y mejorar las instituciones administrativas internas de control, previniendo riesgos y mantener un buen funcionamiento del sistema económico.

Los cambios del derecho administrativo se traducen, “*en cuanto a quién regula, al cómo se efectúa la regulación y al contenido que se proporciona a lo regulado.*”⁷¹ En estas dos tendencias que se pueden identificar lo siguiente:

⁶⁸ CASSESE, Sabino, “Las Bases del Derecho Administrativo”; Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, 1994. pág. 45.

⁶⁹ Citado por MURCI BORJAS, José Antonio Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007. pág. 80.

⁷⁰ RIVERO ORTEGA, Ricardo; “Introducción al Derecho Administrativo Económico”; Ratio Legis 3ª edición 2005 pág. 48-49.

⁷¹ GONZÁLEZ GARCÍA. Op. cit. 55, pág. 12.

i) Se habla de la huida del derecho administrativo, empleando el concepto de Fleiner, que tendría un propósito claro, “[...] *burlar los procedimientos administrativos y el control de la jurisdicción contencioso-administrativa*”⁷², adoptando otras formas y maneras dentro del derecho privado. Al invalidarse los procedimientos tradicionales de actuación de los poderes del Estado, se estaría transformando el contenido del Derecho Administrativo⁷³.

ii) Pero también se puede apreciar otro cambio, ya que no se puede plantear únicamente como derecho administrativo lo realizado por entes públicos nacionales, sino que existe una participación externa, con o sin actos de recepción del ordenamiento nacional⁷⁴. Podemos identificar entonces, una “nueva huida del derecho administrativo”, esta vez, al terreno internacional, “*el control de la actividad administrativa y en general de cualquier actividad estatal- es formalmente encomendado a tribunales internacionales, sin la necesidad de agotar previamente los recursos internos*”⁷⁵.

Hay muchos casos en los que el derecho administrativo tiene efectos extraterritoriales, a través de un reconocimiento mutuo de legislaciones⁷⁶, cuando existe armonización o un sistema económico integrado (originado en el caso Cassis de Dijon), se trata de un criterio de eficacia en la armonización de las normas y, como afirma González García, de una consecuencia de la integración europea, que además se observa en los numerosos acuerdos multilaterales.

2.7.1 Un nuevo contexto: la desregulación

⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz; “Derecho Administrativo y Globalización”. Op. cit. 54, pág. 192.

⁷³ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz; “Derecho Administrativo y Globalización”. Op. cit. 54. pág. 377.

⁷⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.; Aplicación Territorial del Derecho Administrativo y Competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos Españoles en un Entorno de Globalización; Anuario Español de Derecho Internacional Privado t.II, 2002, pág. 116.

⁷⁵ MURCI BORJAS, José Antonio, Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs). Op. cit. 72, p 120-121.

⁷⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.; Aplicación Territorial del Derecho Administrativo y Competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos Españoles en un Entorno de Globalización. Op. cit. 77, pág. 122-123.

Con mayor frecuencia se observa en el orden mundial esquemas de acuerdos de tipo informal, que no tienen la estructura de una organización internacional y con obligaciones y derechos propios de los tratados. Hay esquemas más propios de bloques negociadores como: el G7, G20, o de entidades con una estructura más propiamente administrativas como: OMS, Cruz Roja, OCDE, éstas últimas son formas de cooperación, de coordinación e intercambio de estándares educacionales, de salud, estadísticos, económicos, etc.

Incluso entidades como la FIFA y otras asociaciones que aparecen como superpuestas a las normativas de los Estados, como es conocido que la FIFA prohíbe a sus asociados acudir a los tribunales ordinarios de justicia de los Estados para resolver cualquier conflicto, con la amenaza de perder la membresía o impedirles de participar en alguno de los bien remunerados campeonatos internacionales.

La desregulación (o neo-regulación⁷⁷), no debe significar ausencia de normas, como acota Juan Ramón Capella, para él, la desregulación tiene dos aspectos⁷⁸:

- un desplazamiento de la capacidad de normar en el ámbito privado, liberando a los grupos de mayor poder e influencia, dejando el peso en aquellos que no pueden transferirlo; y
- el derecho toma la forma de una nueva *lex mercatoria metaestatal*, establecida por las grandes multinacionales.

Hasta los neoliberales han señalado la necesidad de una intervención reguladora del legislador, dar seguridad jurídica, evitando la interferencia imprevisible y, en definitiva, una libertad amparada por ley (Hayek) sin la abstención de actuación de los poderes del Estado⁷⁹.

La combinación de interdependencia y de instituciones insuficientes ha generado “[...] *déficit de la “accountability” en el creciente ejercicio del poder regulatorio transnacional*⁸⁰”, ante ello se observan, según los mismos autores, tendencias de

⁷⁷ DE LA CRUZ FERRER, citado por Ricardo Rivero Ortega; “Introducción al Derecho Administrativo Económico”; Op. cit. 73, pág. 44.

⁷⁸ CAPELLA, José Ramón “Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del Estado”. Op. cit. 51, pág. 268.

⁷⁹ RIVERO ORTEGA, Ricardo; “Introducción al Derecho Administrativo Económico”. Op. cit. 73, pág. 51.

⁸⁰ KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico & STEWART, Richard B.; Op. cit. 26, pág. 2

extensión del derecho administrativo, desde lo nacional y mecanismos globales, desde lo intergubernamental.

2.7.2 Nuevos desafíos

Parece ser entonces que el nuevo desafío del derecho administrativo, enfrentando la globalización, “[...] *se trata de asegurar un sistema pluralista de participación de los grupos en el procedimiento [...] para asegurar con esta participación una deliberación pública donde se busque una nueva solución fruto de esta deliberación colectiva*”⁸¹.

De ello, se desprenden la necesidad de un sistema de *accountability* o rendición de cuentas de los órganos globales administrativos, no necesariamente los organismos multilaterales, y se trata mas bien, de una regulación administrativa, decisiones y juzgamientos de tipo administrativo.

Se explica como un proceso de creciente necesidad, para afirmar que “[e]sta evolución se traducirá inevitablemente en una mayor demanda de los mecanismos de derecho administrativo de rendición de cuentas respecto de las decisiones de los sistemas regulatorios mundiales⁸²”. Los Estados deberán adoptar con mayor rapidez mecanismos más claros de control de la legalidad, de transparencia y de rendición de cuentas de las decisiones que parecen todavía muy lejanas de los ciudadanos.

En ese sentido, el derecho administrativo sería multipolar y ha dejado atrás una contraposición entre lo público y lo privado y el “*derecho administrativo no está limitado a las prescripciones relativas a los controles y a las orientaciones jurisprudenciales, sino que se extiende a todas las leyes relativas a la organización y funcionamiento de las organizaciones públicas*[...]” y, entonces, podemos preguntarnos, si respecto de las acciones de los ciudadanos y los efectos de la administración extraterritorial, no nos encontramos en un nuevo perímetro, ya no propiamente nacional y bajo la influencia, por una parte del derecho internacional, que hasta hace muy poco, sólo consideraba al Estado como sujeto de derecho básico.

Se puede reconocer un déficit de *accountability* en la gobernanza global, pero ¿en verdad se trata de esto? Es evidente que cada entidad internacional tiene sus estatutos,

(traducción de Gisela Paris y Luciana Ricart).

⁸¹ BALLBÉ, Manuel. Op. cit. 47, pág. 235.

⁸² KINGSBURY, KRISCH & STEWART. Op. cit. 26, pág. 45.

regulaciones las que de mejor o peor modo, se cumplen y se fiscalizan, pero en verdad lo que sucede es que se encuentran bajo equivocados mecanismos de control⁸³, se trata de definir de mejor manera ante quién o quiénes debe rendirse cuenta, ciertamente no como ha sucedido hasta ahora, que se incluye exclusivamente a los Estados, los que han sido los miembros que las conforman y quienes definen, sin contrapeso, sus políticas.

Se puede plantear la conveniencia de una mejor y más adecuada manera de integrar a la sociedad civil o al menos de definir una nueva institucionalidad que permita llevar a cabo la rendición y evaluación de la gestión de instituciones en un ámbito global, o mejor, reconsiderar la incorporación de mecanismos propios de la administración doméstica y sus controles, a través de la participación en los procedimientos y con instancias de revisión judicial, participación de los ciudadanos que las evalúen a través de su participación democrática, de un modo más directo y deseable, pero que en la actualidad enfrenta desafíos muy complejos, dado el bajo interés y el creciente desconocimiento de los procesos que se desarrollan. El caso de la constitución de la Unión Europea, una retrasada agenda y un pobre debate previo a su aprobación mediante referéndums de escasa convocatoria, son un buen ejemplo de esto último.

En la era de la posmodernidad, se requiere una nueva piel para el derecho administrativo, nuevas técnicas, nuevos instrumentos, aunque al decir de Schmidt - Assamann⁸⁴, en el futuro los Estados europeos, seguirán siendo esencialmente administrativos.

Esta reciente reconfiguración del orden global que aún no detiene su tendencia, implica enfrentar con una nueva perspectiva o, si se prefiere, con nuevos paradigmas legales. La sociología propone un derecho reflexivo, que asume una hipercomplejidad de la sociedad actual, “[...] *que impide que ésta sea regulada mediante instrumentos normativos tradicionales del Estado liberal y del Estado intervencionista y por sus respectivas racionalidades formal y material*⁸⁵”. Esta corriente toma las ideas de Luhmann y pretende reducir su complejidad, establecer conexiones entre opciones

⁸³ KRISCH, Nico, The Pluralism of Global Administrative Law, The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 (2006). pág. 250.

⁸⁴ MIR PIUGPELAT, Oriol; “Globalización y Derecho Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo”; Civitas, 2004.

⁸⁵ FARÍA, José Eduardo. Op. cit. 69, pág. 153.

múltiples, delimitando fronteras y estructuras del sistema. Conformando subsistemas que dejen atrás la manera en que el Estado liberal ha respondido con normas *homogenizadoras y generales*⁸⁶. Por ello, desde el propio sistema normativo deberían identificarse y generarse cambios y renovaciones que lo perfeccionen.

2.8 Derecho Administrativo internacional

Hoy no cabe duda que estamos en presencia de un desafío para el derecho para resolver primero, la suficiencia de los instrumentos con que contamos, la necesidad de modificarlos y con ello, definir dentro de su propia esfera de acción a qué rama del derecho correspondería con mayor propiedad enfrentar algunos de los desafíos que hemos expuesto y los que también tienen un nuevo formato. Se trata entonces de un nuevo derecho o, simplemente, que desde las fórmulas tradicionales y los métodos hasta ahora empleados sean suficientes para una respuesta adecuada y oportuna.

En todo este complejo escenario, se ha fortalecido el reconocimiento de la persona, primero sobre la base de la protección de los derechos humanos. En ello los individuos y agrupaciones que se organizan en pos de un objetivo temático común, están requiriendo acceso a información pública y participación en la toma de decisiones, de acuerdo con un sentirse empoderado y mejor conocedor de los problemas propios que lo que hasta ahora ha sido la democracia representativa, la transparencia estaría jugando un rol determinante en nutrir y contribuir al inconformismo ciudadano y también a aspectos muy relevantes como el mayor control ciudadano.

No parece exagerado plantear que estaríamos en presencia de un nuevo derecho administrativo, denominado *Derecho Administrativo Internacional*⁸⁷, el que se trata según Schmidt-Assmann, de un Derecho Administrativo contenido, al menos en parte, en normas del Derecho Internacional Público, que conllevan procesos de transformación para el derecho nacional y de reformulación del derecho internacional y que en alguna medida son similares, en cuanto a sus estructuras, al proceso de integración regional que ha vivido la propia Unión Europea, a través de su proceso de europeización.

⁸⁶ FARÍA, José Eduardo. Op. cit. 69, pág. 155.

⁸⁷ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Op. cit. 23, pág. 32

2.8.1 Algunos aspectos fundamentales del orden global

El “supuesto orden”, parece ser más una suma desorganizada, heterogénea y fragmentada de organizaciones y regímenes, que carece de unidad y de coordinación, ya que “[...] *el espacio jurídico no está constituido de una sociedad anárquica o una mezcla de organizaciones legales o regímenes autónomos fragmentados e inconexos. No puede siquiera ser considerado un régimen legal global, porque se conforma desde una incorporación de sistemas regulatorios especiales, entre ellos no hay un vacío, pero que desde una exigencia de la unidad, hay contigüidad, no continuidad, el derecho general y unificador tiene una baja densidad, la coordinación, y no impuestas desde arriba y se determina mediante la misma copia trabajando allí. El derecho global, en definitiva, sólo porque al carecer de autor, es un ejemplo extremo de pluralismo legal*⁸⁸”.

2.9 Exigencias de transparencia en el orden jurídico global

La creciente demanda por mayores niveles de transparencia, se han traspasado paulatinamente a estándares internacionales y se observan instituciones que supervigilan (Consejo para la Transparencia en Chile, IFAI en México, etc.), y que se desarrollan con sorprendente naturalidad y rapidez. Sin embargo, si lo comparamos con las disposiciones nacionales equivalentes, aún se encuentra en una etapa incompleta de desarrollo⁸⁹, pero existen casos en los que se incluye la participación de privados en procedimientos administrativos estatales o globales, o bien la participación de Estados en procedimientos administrativos globales e interestatales.

Una administración global debe estar sujeta a estándares similares y exigencias de eficiencia y de seguimiento en su eficacia, y creemos como propone para toda buena administración Juárez Freitas, “*surge la urgencia del monitoreo marcadamente sistémico de las decisiones administrativas, a veces para evitar la "tragedia de los comunes", ahora para honrar indicadores fiables del desarrollo de en orden a garantizar, con jerarquías*

⁸⁸ CASSESE. Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato Op. cit. 60, pág. 142 (traducción propia)

⁸⁹ CASSESE. Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato Op. cit. 60, pág. 29 (traducción propia).

*fundamentadas, la eficacia de plexo de los derechos fundamentales de las generaciones presentes y futuras*⁹⁰“.

La transparencia⁹¹ es otro de los elementos de creciente fortalecimiento y exigencia en un modelo de derecho administrativo global. Transparencia, acceso a información pública y la publicidad de la información, que dispone la administración, son consideradas muy significativas para la realización de las libertades y derechos fundamentales, garantizando la sujeción de la administración al derecho y fortaleciendo a la democracia al permitir que los ciudadanos tomen decisiones informadas y exista, al mismo tiempo, un adecuado escrutinio público.

La transparencia fue desarrollada, primero desde la perspectiva de su relevancia para mejorar los contextos del crecimiento y, luego de la inversión extranjera y como un complemento de la buena gobernanza, promovida por el Banco Mundial y el rol de los entes públicos, con flujos de información en ámbitos políticos y económicos.

Desde la mirada de una recomendación para conseguir mejores condiciones del crecimiento, se puede apreciar una tendencia jurisprudencial de cortes internacionales que al aplicar criterios basados en la libertad de expresión y haciendo uso de instrumentos internacionales no obligatorios y mediante la promoción de diversos instrumentos internacionales.

Es necesario crear o reformar las estructuras⁹² que se adapten a la realidad global, que tiendan a una administración pública y un derecho administrativo globales, no circunscrito (y limitado) al ámbito nacional, sin dejar de atender las particularidades locales, con instancias político-administrativas, tanto en la decisión y su ejecución más próximas a los ciudadanos de los asuntos de interés local.

2.10 Uniones regionales: la Unión Europea

Dentro del propio esquema de apertura económica que se estructura desde la OMC, excepciones⁹³, a dicho proceso de apertura de modo uniforme para todos sus

⁹⁰ JUAREZ FREITAS; “Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração”, Seqüência (Florianópolis), n. 70, pág. 115-133, jun. 2015 pág. 124 (traducción propia).

⁹¹ MIR PIUGPELAT, Oriol. Op. cit. 87, pág. 133.

⁹² MIR PIUGPELAT, Oriol. Op. cit. 87, pág. 211.

⁹³ Lo que es autorizado bajo el artículo XXIV del GATT 1994.

miembros, mediante el establecimiento de uniones aduaneras, zonas de libre comercio y acuerdos provisionales.

La complejidad de la configuración de la Unión Europea que, al decir de Manuel Castell, va conformándose, sin saber hacia dónde va. Es “*un condominio, un consorcio, una constelación de instituciones, una fusión de funciones de gobierno, una estructura de redes de governance*”⁹⁴, todo ello dificulta establecer exactamente qué categoría de poder público es.

La integración de la Unión Europea se realiza descomponiendo en sus partes constitutivas a los Estados y recomponiendo en una sede diferente, por lo que los Estados la conforman no sólo como sujetos que la integran, participan en ella, son componentes diversos que se entrelazan en la misma Unión⁹⁵. La Comisión emplea procedimientos comunitarios, nacionales y de órganos estatales, se genera una integración administrativa, un nexo funcional y se crea un ordenamiento diferente en el que la Unión Europea (el ordenamiento comunitario) tiene una preeminencia sobre el derecho administrativo (estatal), según Castell⁹⁶.

La supremacía del derecho comunitario y la responsabilidad por su incumplimiento ha sido calificada en el informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado, en relación a diferentes aspectos⁹⁷:

- doctrina *Simmenthal* (inaplicación de normas internas contrarias a las comunitarias), que favorece la anulación con efectos *erga omnes* de los reglamentos contrarios al derecho comunitario;
- doctrina *Constanzo* (poder-deber de inaplicación de normas contrarias al ordenamiento comunitario), y que plantea la importancia de mejorar la incorporación y depuración, promoviendo un diálogo prejudicial, y iii) Revisión de oficio de actos firmes contrarios al orden europeo, respecto de actos administrativos concretos, propone una revisión revocatoria.

⁹⁴ SCHARPF F, Verso una teoria della multi-level governance in Europe, en Rivista Italiana di politiche pubbliche, 1, 2002, p.13 y 15, citado por Cassese, Sabino, “La Globalización Jurídica”. Op. cit. 42. pág. 73.

⁹⁵ CASSESE. “La Globalización Jurídica” Op. cit. 42 pág. 44.

⁹⁶ CASSESE. “La Globalización Jurídica” Op. cit. 42 pág. 119-120.

⁹⁷ ALONSO GARCÍA, Ricardo; La Inserción del derecho Europeo en el Ordenamiento Español; Revista de Derecho Comunitario Europeo; núm 29, Madrid enero/abril (2008), pág. 13-14.

Asimismo, se observa la necesidad de una adecuada coordinación entre los Estados, la elaboración de normas comunes o, a lo menos, que sean compatibles en las relaciones que traspasan sus fronteras, la creación de entidades supranacionales con competencias normativas eficaces y con capacidad de imperio⁹⁸. Proceso complejo e inconcluso, que hace necesaria una capacidad de adaptación de las diferentes ramas del derecho.

Parece paradigmático el caso de la Unión Europea en cuanto a “[...] *cómo funciona un sistema regional de integración como vehículo para la afirmación de la validez normativa de los actos de las restantes organizaciones internacionales*”⁹⁹. Las normas adoptadas por la Unión Europea pasan a los Estados miembros (con un efecto de cascada), las normas internacionales entonces, actúan como parámetro de interpretación del derecho comunitario, en el que las obligaciones internacionales asumidas por la Comunidad sirven de marco referencial y luego el control jurisdiccional comunitario está al servicio del derecho internacional de las mismas normas¹⁰⁰.

La influencia del derecho comunitario¹⁰¹ “no sólo se manifiesta como un límite en la libertad de la actividad legislativa, sino también, después de aprobadas las normas nacionales, mediante el principio de interpretación conforme al derecho comunitario” “...[al aplicar el derecho nacional]...*el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para al efectuar la interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la directiva* [...]”¹⁰².

La globalización no ha dejado de lado un proceso de descentralización¹⁰³, hay una valoración de lo local y una interrelación entre el ámbito global y local, que se ha denominado “glocalización”¹⁰⁴.

⁹⁸ DE MIGUEL, Pedro Alberto. Op. cit. 48, pág. 58.

⁹⁹ GONZÁLEZ GARCÍA Julio V. Op. cit. 55, pág. 23.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. Op. cit. 31, pág. 24.

¹⁰¹ GUTIÉRREZ VICEN, Carlos, La Nueva regulación de la administración general del estado en el exterior; El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr.D. Ramón Martín Mateo, Coord. Por Francisco Sosa Wagner, Ed. Tirant lo Blanch, 2000. pág. 368.

¹⁰² STJCE de 13 de noviembre de 1990. Marleasing S.A.

¹⁰³ MIR PIUGPELAT, Oriol; “Globalización y Derecho Las Transformaciones recientes del Derecho Administrativo”. Op. cit. 60. pág. 76.

¹⁰⁴ BECK, Ulrich; Libertad o Capitalismo; Conversaciones con Johaness Wilms. Paidós Ibérica,

Es precisamente, respecto de la Unión Europea, que se revelan en la manera de ejercerse el poder público de la Unión ante los privados, éstos en algunos casos se pueden ver afectados sin su consentimiento, “*este poder unilateral está en conflicto con la idea fundamental del constitucionalismo moderno: la libertad de los individuos*”¹⁰⁵, para hacer frente a ello, von Bogdandy expone la necesidad de identificar principios generales de la autoridad pública internacional, cuando no derechamente los principios del derecho administrativo global. En la misma línea, Eberhard Schmidt-Aßmann¹⁰⁶, concibe un derecho administrativo internacional, que se origina en el derecho internacional y le asigna tres círculos funcionales:

- un cuerpo legal que regula las organizaciones administrativas internacionales,
- un cuerpo legal determinativo de órdenes legales administrativos nacionales, y
- un cuerpo legal cooperativo de problemas legales comunes.

2.11 Lex Mercatoria

Con rumbo hacia una gobernanza global, aunque sin buscarlo de manera decidida existe una serie de regulaciones transnacionales que han excedido sus ámbitos iniciales, como los acuerdos medioambientales (Kyoto), acuerdos para la eliminación de minas antipersonales, desarrollo de estándares como la OCDE, los Acuerdos de Basilea (para una convergencia de procesos en los niveles de riesgos de endeudamiento bancario) o incluso a través de fallos de los tribunales de derechos humanos que han influido decididamente en las normas y la modernización de la legislación de los países (Casos de la Corte Interamericana de Justicia, como Reyes Claude con Gobierno de Chile¹⁰⁷, que incidieron en la modernización de la ley de acceso a la información pública).

Es claro que los sujetos de derecho aceptados tradicionalmente, han sido modificados sustancialmente, incorporando nuevos sujetos como las ONGs, Individuos, Multinacionales y el individuo. Hay una administración híbrida privada-

2002 pág. 50.

¹⁰⁵ VON BOGDANDY Armin, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field; Op. cit. 59, pág. 1916.

¹⁰⁶ Citado por VON BOGDANDY, Armin, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field. Op. cit. 59, pág. 1918.

¹⁰⁷ Caso N.º 12.108 Marcel Claude Reyes y otros vs. Chile.

intergubernamental (combinando actores privados y de gobierno¹⁰⁸), y una enorme influencia a través del Softlaw mediante la creación de estándares por medio de la labor de entidades gremiales y ONGs privadas como ISO (Organización Internacional para la Estandarización) o el ICC (Cámara de Comercio Internacional), con el desarrollo de los Incoterms.

La Lex Mercatoria¹⁰⁹ ha sido fuertemente construida por medio de la actividad de las multinacionales. Se configura como un derecho espontáneo¹¹⁰, autónomo, creado por los propios comerciantes provenientes de diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, evitando la aplicación de legislaciones locales, de manera de liberarse de marcos rígidos y ajenos a una realidad particular. Por otra parte, la misma Lex Mercatoria, produce un efecto de desestabilización, puede conducir a la inseguridad e incluso a la incertidumbre¹¹¹ de una situación jurídica.

La Lex Mercatoria implica la aceptación de una concepción sistémica de la sociedad y del orden jurídico, un derecho autopoietico e intraorganizacional, siguiendo el modelo de Gunter Teubner y Niklas Luhmann¹¹², los que a su vez, fueron influenciados por las posturas de la autopsia de los biólogos chilenos Maturana y Varela (El Árbol del Conocimiento) y las llevaron a niveles de la organización social.

El Softlaw, se presenta en el caso de la Unión Europea a través de recomendaciones y dictámenes (tanto del Consejo y de la Comisión Europea), que aunque no son vinculantes, igualmente tienen efectos jurídicos, ya sea como complemento, parámetro de interpretación no alternativa del *hard law*, ya que los tribunales nacionales deben tomarlos en cuenta cuando ilustran la interpretación o complementan disposiciones comunitarias¹¹³.

¹⁰⁸ KINGSBURY Benedict, KRISCH, Nico, & STEWART Richard B. Op. cit. 26, pág. 7 (traducción de Gisela Paris y Luciana Ricart).

¹⁰⁹ “La Lex Mercatoria está determinada por su objeto constitutivo: las prácticas comerciales de la comunidad mercantil internacional [...] se trata de un conjunto normativo altamente heterogéneo en el que se incluyen costumbres, pero también acuerdos y reglas comerciales de otra naturaleza...” ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO, Op. cit., 45. pág. 34.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Internacionales; Consejo General de Notariado, 2003. pág. 85.

¹¹¹ GESSNER citado por de Julios-Campuzano, Alfonso (editor), Op. cit., 45. p 34.

¹¹² DE JULIOS-CAMPUZANO, Op. cit., 45. pág. 36.

¹¹³ ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El Softlaw Comunitario” Revista de Administración Pública N.º 159 (enero abril 2001) pág. 63 y ss.

2.12 El caso de la Organización Mundial de Comercio (OMC)

Parece existir consenso en relación a que uno de los grandes éxitos de la OMC está en su sistema de solución de diferencias, contribuyendo a otorgar previsibilidad y seguridad a la solución de diferencias y donde se encuentran principios comunes a los sistemas administrativos nacionales, tales como: buena fe, transparencia, revisión de decisiones administrativas, seguridad y previsibilidad¹¹⁴.

La OMC tiene casi una jurisdicción universal¹¹⁵ sobre sus miembros, actúa como un tribunal constitucional mundial, porque anula o deja de aplicar leyes que vulneran sus acuerdos, pero también es un tribunal administrativo mundial ya que las resoluciones que dicta se refieren a regulaciones o actuaciones administrativas de los Estados que violan los mismos acuerdos. La OMC conforma el equivalente a un sistema de soberanía dual de EEUU (limitación mutua entre Estados y administraciones internacionales).

La OMC presenta una ordenada manera de proceder, esto es en las decisiones mayores se requiere el consenso, en la resolución de sus conflictos poseen un buen esquema bajo el Órgano de Solución de Diferencias, con un acuerdo que incluye posibilidades de negociaciones entre las partes, la designación de un tribunal arbitral especial (ad hoc) de tres integrantes (Grupo Especial) y un Órgano de Apelación permanente que permite darle claridad y uniformidad a la jurisprudencia que se vaya generando con los casos, con una mezcla del sistema del *commom law* y el sistema de derecho civil, con preeminencia del primero.

Su esquema requiere la participación de entidades nacionales y, por lo mismo, bajo la soberanía y regulación del gobierno, en el que entidades administrativas aplican los estándares de la OMC, denominados “autoridad local”. Estas entidades aplican la

¹¹⁴ GONZÁLEZ LAYA, Arancha; Globalización y Derecho, una visión desde la OMC en Julio Ponce Sole Coord.; Derecho Administrativo Global; Organización, procedimiento, control judicial. INAP, Marcial Pons, 2010. pág. 32.

¹¹⁵ BALLBÉ, Manuel. Op. cit. 47, pág. 262-263.

ley nacional y los estándares internacionales, asumidos a través de los compromisos de los convenios de la OMC por los Estados.

Las autoridades locales son entidades administrativas nacionales, en el caso de Chile corresponde a la Comisión Nacional de Distorsiones de Precios CNDP, cuya integración se compone de 8 integrantes, 5 de los cuales son funcionarios directamente vinculados con el ejecutivo y 2 funcionarios del Banco Central, entidad que cuenta con autonomía legal. El rol que desempeña la CNDP es investigar la existencia de distorsiones en el precio en la importación de mercaderías y si éstas ocasionan un significativo perjuicio actual o inminente a la producción nacional¹¹⁶.

Esta institución es muy relevante al momento de realizar un proceso cuasi-judicial y que al concluir, se recomienda al Presidente la aplicación o no de medidas tales como salvaguardias, antidumping o derechos compensatorios. El problema, es que en la aplicación de su procedimiento no se encuentra sujeta a un control efectivo e independiente, mediante un recurso de apelación o reconsideración ante una instancia judicial y como se trata de una mera recomendación de medidas, no caería dentro del contexto del recurso de amparo económico o de protección, como ha sido reiterado por la jurisprudencia en diversos casos, dejando en indefensión a las partes afectadas:

- “Agromaule S.A. con Comisión Nacional de Distorsiones de Precios” Rol 3210-97;

- Compañía Chilena de Fósforos S.A. con Comisión Nacional de Distorsiones de Precios” Rol 3396-94;

- Compañía Empresas Carozzi S.A. con Comisión Nacional de Distorsiones de Precios” Rol 1598-00;

- “Gerdau Aza y Compañía Siderúrgica Huachipato con Comisión Nacional de Distorsiones de Precios” Rol 2420- 01.

Pero esta entidad nacional y administrativa, al desarrollar su labor, está aplicando un estándar que viene de los compromisos del país ante la misma OMC y, sin embargo, no se encuentra sujeta a una revisión judicial interna y, por lo tanto, no se estaría dando cumplimiento a los estándares del Órgano de Solución de Diferencias. *“Los particulares sólo pueden acudir ante los órganos nacionales basando sus pretensiones*

¹¹⁶ Ley N.º 18.525, Decreto de Hacienda N.º 575 y N.º 909.

en las normas nacionales [...] pese a que pueden estar implicados intereses de los particulares y dilucidarse cuestiones de fondo similares [...] en un proceso regido por normas-en particular procesales-muy diferentes¹¹⁷”.

Entonces, ¿a quién corresponde la revisión? Si aceptamos el grado de deferencia (*Standard of Review*) otorgado por los Grupos Especiales, se trata de una zona gris e indeterminada y, por ahora, sin una solución.

Por causa del grado de deferencia que entrega la OMC a la soberanía y la acción de los órganos internos, no se realiza una revisión de su gestión, se presume que se ha realizado una labor adecuada, y sólo se revisarán las conclusiones del proceso y no su adecuación al mismo.

El ex miembro del Órgano de Apelación Claus-Dieter Ehlermann y Nicholas Lockhart, quienes sostienen que el *standard of review* o nivel de deferencia que debe aplicarse en el derecho de la OMC, es una pregunta muy común, “en qué medida debe de adivinar el trabajo de un primer tomador de decisión; tiene una Corte las herramientas y experiencia para llevar a cabo un nuevo examen de las cuestiones de hecho y derecho ya examinados por un tomador de decisión original; es alguna vez apropiado que un tribunal dé vuelta y hacerse el muerto en frente de opciones tomadas por un primer tomador de decisiones?¹¹⁸”.

Si bien está muy claro que no puede tratarse de una revisión nueva (*de novo review*), sin embargo, ha sido un tema candente y debatido en el alcance que debe tener la jurisprudencia del Órgano de Apelación, cuál es el exacto significado y límites de la actividad que desarrollan los grupos especiales. El Entendimiento instruye hacer una “evaluación objetiva¹¹⁹”, lo que para Ehlermann y Lockhart, no indica con

¹¹⁷ DE MIGUEL, Pedro Alberto. Op. cit. 48, pág. 47.

¹¹⁸ “*to what extent should it second-guess the work of a first decision-maker; does a court have the tools and experience to carry out a full-scale re-examination of legal and factual issues already examined by a first decision-maker; is it ever appropriate for a court to roll-over-and-play-dead in the face of choices made by a first decision-maker?*” Claus-Dieter Ehlermann and Nicholas Lockhart. *Standard of Review in WTO Law*. Journal of International Economic Law Vol 7 Número 3 2004. Oxford University Press. pág. 492 (traducción propia).

¹¹⁹ Art 11 del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC.

claridad la exacta labor que deben realizar los Grupos Especiales y, por lo tanto, debe complementarse con otro estándar fundamental¹²⁰.

El grado de deferencia que se otorgue a una entidad administrativa nacional implica no sólo la opción que se tenga sobre el dualismo o monismo. Para John Jackson¹²¹ la aplicación del *Standard of Review* (nivel de deferencia) se trata de un intento totalmente inapropiado de aplicar conceptos que fueron desarrollados por la Corte Suprema de EEUU y la revisión de las cortes de los procesos administrativos. Jackson pregunta ¿cuánta deferencia deben dar los organismos internacionales a las decisiones de las instituciones nacionales? Los Estados nacionales deben tener un margen de apreciación o espacio de maniobra y un concepto próximo a ello es que los órganos decisores judiciales se restrinjan, en el hecho, que los Grupos Especiales (de acuerdo con el Entendimiento de Solución de Diferencias) no deben realizar informes que pudieran modificar los derechos u obligaciones de los miembros, lo que el mismo Jackson critica ya que puede ser una autolimitación para los Grupos Especiales de no ser demasiado “judiciales”¹²².

Se trata de uno de los mecanismos que garantizan la separación de los poderes, hasta qué punto un órgano judicial puede profundizar su escrutinio al cumplir su labor, sobre la validez legal de una norma o de un acto administrativo, mejorando la calidad y legitimidad del proceso de toma de decisiones, pero cuando se confronta al escrutinio de una decisión nacional por parte de una entidad internacional (Grupo Especial de la OMC), se presenta un desafío para la soberanía, como lo planteara previamente Kelsen, el derecho internacional es un derecho primitivo y la soberanía siempre será una limitante. Solamente “[...] *eliminando el dogma de la soberanía del Estado, se establecerá que existe un orden jurídico universal independiente de cualquier reconocimiento y superior a los Estados, una civitas máxima.*”¹²³ Es una tensión entre la

¹²⁰ EHLERMANN, Claus-Dieter AND LOCKHART, Nicholas. Standard of Review in WTO. Op. cit. 122, pág. 495.

¹²¹ JACKSON, JOHN H.; Fragmentation or Unification Among International Institutions: the Worlds Trade Organization; Journal of International Law and Politics [Vol. 31:823. New York University. pág. 829.

¹²² Ibíd., pág. 830.

¹²³ Citado por DE LA TORRE, Massimo Y GARCÍA PASCUAL, Cristina en Hans Kelsen, La Paz por Medio del Derecho; Editorial Trotta, 2008 pág. 25

absoluta discreción de acción para los miembros y la seguridad y predictibilidad en el ámbito internacional.

En el esquema de la OMC también se observa un unilateralismo agresivo por parte de los EEUU y en el que consideraciones de índole política tienen un peso enorme en la decisión de USTR al aplicar los artículos 301-310, dicha discrecionalidad política y carente de un control judicial explícito y según Irene Blázquez, no ha sido adecuadamente aclarado por el Órgano de Solución de Diferencias¹²⁴.

La aparente inmadurez del derecho internacional,¹²⁵ se debe al fallo de las organizaciones internacionales de garantizar el *rule of law* o la dimensión regulatoria que implica la aparición de una gobernanza global que incluye una procedimentalización a nivel internacional que influye en un proceso interno semejante. El caso de Ali Ahmed Yusuf que solicitó la anulación de una regulación comunitaria, fue muy relevante en relación con las condiciones de la tutela individual respecto de decisiones globales.

La palabra gobernanza, sin embargo, no se encuentra explícita en los textos legales de la OMC, la gobernanza se desarrolla por los Estados y las organizaciones internacionales, aunque sí hay exigencias y parámetros de transparencia. Lo que sí existe es una búsqueda de una armonización de estándares y la eliminación de leyes formalmente discriminatorias, pero el problema es que los estándares no son establecidos desde un poder supranacional, sino que se limita a los estándares de los EEUU y, de hecho, existen normas que formalmente no son discriminatorias.

Deben plantearse estándares medioambientales de mayor exigencia, casos ante el Órgano de Solución de Diferencias como los casos relativos a Camarones, Tortugas y Delfines¹²⁶, los que revelan niveles muy bajos de exigencia en los que exclusivamente se pretende que no existan medidas evidentemente proteccionistas o ambientalmente dañinas.

La consistencia creada por la OMC, a través de su sistema de solución de controversias tanto de Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, ha fortalecido la

¹²⁴ BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene; “Los Límites del unilateralismo en el sistema de solución de diferencias de la OMC”, Anuario de Derecho Internacional t.XVI 2000. pág. 17

¹²⁵ CASSESE, Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato. Op. cit. 60, pág. 32

¹²⁶ GARCÍA LÓPEZ, Julio Antonio; Globalización y Derecho una Aproximación desde Europa y América Latina, Editores Jesús Lima, Antonio Ortiz Arce. Ed. Diles SL 2007 pág. 221-235

credibilidad en un mecanismo de solución de conflictos que muchas veces ha revelado un acatamiento de las partes vencidas, sin importar su peso relativo. Pero, no obstante ello, no puede pensarse que existe una adhesión total.

En todo sistema pueden existir abusos, pero para progresar debe explicarse mejor la complejidad del sistema legal internacional. Sin perjuicio de los cuestionamientos que puedan plantearse sobre los intereses o los énfasis que se privilegian ante los avances de la OMC, no cabe duda, que ha ganado legitimidad y una autoridad judicial fuerte, al cambiar una perspectiva orientada sustentada en el poder por otra, sustentada en la norma¹²⁷.

2.13 Breve reflexión respecto del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y la inversión extranjera directa

Existe una falta de experiencia del Derecho Internacional con el control del Estado regulatorio, sin por ello poder confiar del todo en reglas y principios creados por el derecho internacional para determinar la conducta interestatal¹²⁸.

La primera vez que los inversionistas contaron con un mecanismo efectivo para remediar situaciones injustas que dañaron a las inversiones sin tener que recurrir a acciones militares o acciones directas del país de nacionalidad de los inversionistas fue mediante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y con la inclusión de los tratados bilaterales de inversión (desde mediados de los 60s), que despolitizó los problemas de las inversiones.

La OMC¹²⁹ también incorporó obligaciones que se referían a temas relacionados con las inversiones a través del GATS, al inicio restringido a los servicios, pero luego

¹²⁷ LEWIS, Douglas; *Law and Globalization: An Opportunity for Europe and its Partners and Their Legal Scholars*; European Public Law; Volume 8, Issue 2, Kluwer Law International, 2002. pág. 224.

¹²⁸ MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation.*; Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009. pág. 343.

¹²⁹ VANDEVELDE, K Kenneth; *A Brief History of International Investment Agreements* in Karl pág. Sauvants & Lisa E. Sachs (eds): *The effects of Treaties on Foreign Direct Investment; Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*; Oxford University Press 2009. pág. 19-20.

ampliada, ya que la presencia comercial requería el establecimiento formal de inversión extranjera y la protección de la propiedad intelectual (una forma de inversión).

El CIADI¹³⁰ Es una organización pública de arbitraje institucional que conoce diferencias de naturaleza jurídica relativa a inversiones y es casi el único donde particulares pueden demandar directamente a un estado. Los casos que han implicado la participación de Chile se han referido a decisiones de tipo administrativa o medidas confiscatorias; conflictos con el plan regulador urbano; decreto municipal por reserva ecológica; medias financieras, legales y judiciales del gobierno argentino¹³¹; cambios en régimen tarifario y permisos de pesca entre otros.

El caso Clarín¹³², el hasta ahora más extenso en duración de tiempo, ha planteado desafíos muy claros a los pilares de la defensa de un sistema adecuado de protección de inversiones: nacionalidad, irretroactividad y el concepto de inversionista. Actualmente, enfrenta un recurso de nulidad, que probablemente sea rechazado y, en tal caso, quede afirme el fallo inicial, que aunque no acogió los montos solicitados por el demandante, implica un precedente preocupante al desconocer la legislación local, permitir la politización de una discusión estrictamente jurídica y romper con la irretroactividad.

Los tribunales arbitrales¹³³, ante un grado de evolución incompleto de la ley administrativa y constitucional, deberían tener presente al resolver sus disputas de inversión haciendo referencias a la ley doméstica y comparativa, en una relación que es a la vez compleja e interdependiente con las normas internacionales.

2.14 Jurisdicción global

¹³⁰ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín Y POLANCO, Rodrigo: *Inversión Extranjera Régimen Jurídico y Solución de Controversias, Aspectos Nacionales e Internacionales* Lexis Nexis 2005. pág. 249.

¹³¹ MAYORGA Roberto, MORALES Joaquín Y POLANCO Rodrigo: *Inversión Extranjera Régimen Jurídico y Solución de Controversias, Aspectos Nacionales e Internacionales* Lexis Nexis 2005. pág. 267.

¹³² N.º . ARB/98/2 Víctor Pey Casado.

¹³³ MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation.*; Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009. pág. 366.

La proliferación de tribunales internacionales podría conducir y profundizar la fragmentación del derecho¹³⁴, pero también configura su progreso y puede ser considerado como un modo de superar la fragmentación del orden jurídico sectorial y crear un tejido conectivo conformado de principios comunes.

Si a todo lo señalado hasta ahora, agregamos la dificultad de determinar una jurisdicción global, nuestro análisis se complica y Cassese¹³⁵ plantea cuatro aspectos:

- el reparto de la jurisdicción global, que se encuentra en etapa de desarrollo, y sin una clara definición y en el que sólo la rama penal, en la actualidad parece tener una distinción separada por el desarrollo del derecho internacional humanitario (Corte Penal Internacional);
- las partes (privado a privado, Estado a Estado y Estado a privado);
- efectos de la decisión, y
- ejecución o cumplimiento de la decisión (el sistema de solución de diferencias de la OMC ofrece interesantes ejemplos en este aspecto).

2.14.1 Hacia un Derecho global

Hay corrientes que plantean un *ius novum universale* (Rafael Domingo, desde hace algunos años¹³⁶), que influenciado por la histórica experiencia del derecho de gentes romano. Plantean una verdadera exigencia de una “formación de un derecho global”, basado en principios jurídicos comunes. Para Domingo, es claro que existe una insuficiencia en la capacidad del derecho internacional, “*que deriva de su pretensión de ordenar la globalización sin alterar los principios que lo informan.*”¹³⁷, parece correcto y coincidimos con los críticos en que el actual esquema del orden internacional basado en estructuras como las Naciones Unidas, son inadecuadas e insuficientes y han demostrado graves falencias, bajos niveles de cumplimiento, intereses políticos y económicos que, demasiadas veces, priman sobre un verdadero Estado de Derecho.

¹³⁴ CASSESE, Sabino, I Tribunali di Babele, I giudicu alla ricerca di nuovo ordine globale; Donzelli Editore, Roma; 2009. pág. 8.

¹³⁵ CASSESE, Oltre Lo Stato Sabino. Op. cit. 25. pág. 23

¹³⁶ <http://www.unav.es/noticias/opinion/op201003.html> (última visita agosto de 2013)

¹³⁷ Rafael Domingo, ¿Qué es el Derecho Global? (2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2008) pág. 107

Sin embargo, Domingo llega más lejos, y sostiene que las ramas del derecho se han extendido y lo global ha pasado a ser patrimonio de todos los juristas y de las diferentes ramas del derecho y no sólo de los internacionalistas.

En un ordenamiento jurídico global, “[...] *las decisiones que en él se adoptan no limitan, sino que amplían, la esfera de los particulares, limitando al mismo tiempo los poderes de los ejecutivos nacionales*”¹³⁸. No se transfieren mecánicamente, según Cassese, las instituciones democráticas del Estado al ordenamiento global.

La globalización no es ni reciente ni coherente¹³⁹, ya que no se parecería a una reducción clara del fenómeno estatal y existiría un aumento, al menos cuantitativo, de su actuación y con volúmenes de impuestos, también mayores. Existirá, entonces, la capacidad, la oportunidad y, en último término, la conveniencia de un único derecho, aunque no necesariamente uniforme e idéntico.

Algunas escuelas de derecho, fundamentalmente anglosajonas¹⁴⁰ (Universidad de Nueva York, Universidad de Duke, Universidad de Oxford) y otras corrientes europeas (Italia, Alemania y Francia) que están liderando el debate hacia la opción de un Derecho Administrativo Global, con diferentes énfasis en sus planteamientos.

Frente a estas miradas anglosajonas y europeas ¿cuál debe ser la postura del derecho Ibero o Latinoamericano?

El proyecto del GAL (*Global Administrative Law*), como una mirada de un colaborador y contribución acorde con las posibilidades de las tecnologías permite una valiosa iniciativa de debate e investigación, constituye una iniciativa muy provechosa a la cual debe sumarse nuestra región de manera más decidida.

2.14.2 Derecho Administrativo global

¿Quién gobierna y cómo lo realiza en el Derecho global, aún sin una aceptación masiva y delimitaciones claras?

Dentro de los avances del Derecho Internacional Público en el siglo XIX se puede destacar los instrumentos destinados a crear y regular las uniones

¹³⁸ CASSESE. “La Globalización Jurídica” Op. cit. 42, pág. 23.

¹³⁹ CASSESE. “La Globalización Jurídica” Op. cit. 42, pág. 15.

¹⁴⁰ Proyecto de Investigación sobre Derecho Administrativo Global de la Facultad de Derecho de la New York University <http://iilj.org/GAL/> (última visita agosto de 2011).

administrativas¹⁴¹ coordinadas y actividades de las telecomunicaciones en una etapa incipiente, como Unión Telegráfica Internacional (1865) con sede en Berna, Oficina Internacional de Propiedad Industrial (1883) y de la Propiedad Intelectual (1886), ello es un anticipo de un derecho administrativo global y del desarrollo de entidades que integran, coordinan y regulan actividades globalizadas y que se verán acentuadas con las tecnologías y con el fin de la guerra fría.

Lo designamos como un Derecho Global como contrapuesto a lo local e incluso, como le llama Cassese, “a-nacional¹⁴²”.

Este Derecho global Administrativo¹⁴³, se ha definido como “[...] *aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban*¹⁴⁴”.

¹⁴¹ MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando; Derecho Internacional Público (Parte General) Editorial Trotta, 2005. p 57.

¹⁴² Citado por MURCI BORJAS, José Antonio; Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs). Op. cit. 72. pág. 66.

¹⁴³ “*The concept of Global Administrative Law begins from the twin ideas that much global governance can be understood as administration, and that such administration is often organized and shaped by principles of an administrative law character. The contemporary starting point is thus the rapidly changing pattern of transnational regulation and its administration, a pattern that now ranges from regulation-by-non-regulation (laissez faire), through formal self-regulation (such as by some industry associations), hybrid private-private regulation (for example, business-NGO partnerships in the Fair Labor Association), hybrid public-private regulation (for instance, in mutual recognition arrangements where a private agency in one country tests products to certify compliance with governmental standards of another country), network governance by state officials (as in the work of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) on environmental policies to be followed by national export credit agencies), inter-governmental organizations with significant but indirect regulatory powers (for example, regulation of ozone depleting substances under the Montreal Protocol), and inter-governmental organizations with direct governance powers (as with determinations by the Office of the U.N. High Commissioner for Refugees of individuals’ refugee status, or the WTO dispute resolution system for trade conflicts). Bodies that were not originally envisaged as regulators have increasingly become so*”. Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart, & Jonathan B. Wiener; Global Governance as Administration—National and Transnational Approaches to Global Administrative Law; Law and Contemporary Problems, Volume 68 Summer/Autumn 2005 Numbers 3 & 4, p 3.

¹⁴⁴ KINGSBURY Benedict, KRISCH Nico, & STEWART Richard B. Op. cit. 26, pág. 3

Estamos posiblemente en una etapa muy temprana e inmadura de desarrollo del Derecho Administrativo global, y debe por lo tanto, fortalecerse un marco teórico y doctrinal para un derecho público nacional, supranacional e internacional que conceptualice sus vínculos, la construcción de analogías y la transferencia de conocimientos entre todos ellos¹⁴⁵.

La idea del derecho administrativo global deviene, según Kingsbury¹⁴⁶ en la necesidad de una gobernanza global y, en especial, en los aspectos regulatorios. Puede ser analizado desde la perspectiva de la administración, aunque hay que reconocer que coexisten diversos niveles de regulación (locales, nacionales e interestatales) y también múltiples actores (individuos, empresas, gobiernos, ONGs, etc.). Asimismo, se aprecian diferentes capas que incluyen entidades internacionales, como organismos administrativos domésticos, cuyos efectos traspasan las fronteras y terminan “amenazando” la soberanía.

Existe, asimismo, en este contexto un tipo de administración híbrida privada-intergubernamental (Richard Stewart), como por ejemplo¹⁴⁷, la Comisión del Codex Alimentarius, que adopta estándares de seguridad en el que participan entidades gubernamentales como no gubernamentales, con efectos cuasi- obligatorios.

Lo que sucede, es que se han incrementado las exigencias por mejores estándares de transparencia, participación, consulta, decisiones razonadas y mecanismos eficaces de revisión que incrementen el *accountability*.

Existen normas administrativas internacionales¹⁴⁸ de tipo *ad hoc* (como las políticas operacionales del Banco Mundial) y otras de naturaleza permanente como

(traducción de Gisela Paris y Luciana Ricart).

¹⁴⁵ BOGDANDY, Armin VON, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field; Op. cit. 59, pág. 1921 “*I agree with the proponents of a global administrative law that there should be a theoretical and doctrinal framework for international, supranational and national public law which conceptualizes their linkages and which guides the transfer of insights as well as the construction of analogies. Yet, I find neither the theory nor the doctrine of administrative law convincing at this point in time in this respect. Moreover, this approach blurs categories which are indispensable for attributing political and legal responsibility: The lack of an elaborate doctrine of sources as well as the lack of a doctrine of direct effect is no coincidence*”.

¹⁴⁶ KINGSBURY, Benedict, The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law. Op. cit. 27 pág. 25.

¹⁴⁷ BALLBÉ, Manuel. Op. cit. 47, pág. 254.

¹⁴⁸ CASSESE. “Global Standards for national Administrative Procedure” Op. cit. 58, pág. 5.

son los Acuerdos de Salud (SPS), de Barreras Técnicas (TBT), Acuerdo de Servicios (GATS) y los Principios para la inspección y certificación de importación y exportación de alimentos (FIEIC). Estos últimos instrumentos buscan no solo asegurar el libre comercio, sino que también establecer estándares comunes y compatibles con la salud humana y animal. Para Cassese, todas estas regulaciones incluyen 5 tipos de disposiciones: transparencia, armonización, equivalencia, consulta y control de los procedimientos. Asimismo, estos instrumentos establecen limitaciones a los procedimientos nacionales de certificación y control, supliéndolos o complementándolos.

La manera de operar del Derecho Global, es a través de un efecto vertical o de “cascada”, siendo de competencia directa de las entidades subestatales o incluso privadas (debido a la tendencia a la armonización), se trata de una práctica extendida que supera la visión del derecho internacional y el derecho interno como dualismo, ya que se trata de entidades nacionales que toman decisiones que se aplican directamente en otro sistema legal nacional.

No como un recipiente de derechos, se trata de responsabilidad de los Estados, en Derecho Internacional Público la responsabilidad, es solo de los Estados, pero se mueve a los individuos, se puede decir que, el derecho global administrativo está delante de las ciencias políticas, como estas disciplinas interactúan.

Un eventual derecho global, en el sentido que lo describe Rafael Domingo “*no puede partir de la idea de Estado, ni de la de soberanía, ni mucho menos de un ordenamiento cerrado*”¹⁴⁹.

2.15 Comentarios del capítulo

Hoy existe una mayor legalidad del sistema internacional, que no se esperaba en la década de los años sesenta del pasado siglo.

La realidad implica una doble tendencia, por una parte hacia la liberalización y la desregulación, con una fuerte desconfianza de la administración, ciclo que ya parece ir perdiendo fuerza, y por la otra, la necesidad de regular una realidad internacional mucho más compleja e interdependiente de lo que se pudiera anticipar hace pocos años atrás. Regular no debe significar desincentivar, hay que entender que los flujos

¹⁴⁹ DOMINGO, Rafael, ¿Qué es el Derecho Global? Op. cit. 141 pág. 157

de inversiones no escatiman en seleccionar al mejor postor y al que menos costes implique, esto es una realidad que debe enfrentarse con una adecuada reflexión.

Pero al mismo tiempo debe facilitar la participación de los ciudadanos y de la sociedad civil. Existe un amplio, confuso y desconectado sistema normativo internacional que incluye un gran número de normas, el desarrollo de principios y reglas, la necesidad de reafirmación de lo jurídico. Todo ello permite sostener que existe un alto nivel de institucionalidad o legalidad, que estimule la eficacia en las decisiones globales a favor de los ciudadanos, de las organizaciones y empresas nacionales¹⁵⁰.

Los estándares que aparecen desde la regulación administrativa internacional con pérdida de soberanía de los Estados, están creando un verdadero Rule of Law internacional con elementos comunes a los regímenes nacionales y en que los principios de responsabilidad, transparencia y legalidad, entre otros del derecho administrativo se extienden más allá de las fronteras hasta insinuar un espacio jurídico compartido por una sociedad y comunidad internacional.

¿Dónde está la constitucionalidad de este orden jurídico? Es difícil creer que en el derecho internacional puede existir un orden global “a-constitucional”, basado en una libertad que no encuentra sustento en una base sólida, tampoco se puede reconocer un desarrollo pleno de una etapa marcada de constitucionalismo. Se trata posiblemente y, como afirma Cassese¹⁵¹, que estamos en presencia de una nueva forma que estaría asumiendo el constitucionalismo, al que no estamos habituados. Para hablar de un constitucionalismo internacional (en sentido material) o en el sentido de las relaciones de hecho o convencionales¹⁵², que caracterizan buena parte de los vínculos y los intercambios en un mercado y un meta mercado.

En fin, como señala Santiago Montt¹⁵³, la creación exitosa y perfeccionada de una constitución global y de derecho administrativo que sea funcional, puede representar un avance sustancial para el rule of law.

¹⁵⁰ CASSESE. *Oltre Lo Stato* Op. cit. 25. pág. 61-62

¹⁵¹ CASSESE. *Oltre Lo Stato*. Op. cit. 25. pág. 189. (traducción propia)

¹⁵² CASSESE. *Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato* Op. cit. 60, pág. 141. (traducción propia)

¹⁵³ MONTT, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*; Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon,

Tomando como base la afirmación de Kelsen de identificar el concepto de Estado y Estado de Derecho¹⁵⁴, podríamos utilizar esta analogía llevándola a un contexto global, no en el sentido de un proceso resuelto, definitivo y estático, sino más bien, como una tendencia, un rumbo que estaría marcándose como efecto de la globalización. Un orden (jurídico) global no puede dejar de sujetarse a los principios de legalidad, de imperio del derecho y ello debería necesariamente conformar, en una etapa muy lejana todavía, un Estado de Derecho, y podemos intentar designarlo como un Estado de Derecho Global.

Para los que han dado los impulsos iniciales al derecho administrativo global (Kingsbury, Krisch y Stewart) hay una amplitud en las posibilidades, tipos de regímenes y sujetos, este Derecho Administrativo Global “[...] *está emergiendo en diferentes formas y ambientes que integran los distintos tipos de regímenes y temas de regulación, construyendo diferentes estructuras y procedimientos de accountability, en respuesta a los diferentes actores e incentivos. El Derecho Administrativo Global está evolucionando a través de la observación y tomando prestado de los sistemas legales nacionales que son crecientemente interdependientes*”.¹⁵⁵

Hay una evolución y una contribución desde lo nacional y lo internacional, percibimos en una esfera de intersección que requiere mayor dedicación de los especialistas para dar respuesta a estos nuevos e interesantes desafíos para el Derecho.

2009. pág. 333.

¹⁵⁴ “Todo Estado por el mero hecho de serlo, es estado de Derecho”, citado por DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (editor), Op. cit., 45. pág. 23

¹⁵⁵ “[...] *is emerging in different ways in different settings involving different types of regimes and subjects of regulation, building different structures and procedures of accountability, to suit different needs, in response to different actors and incentives. Global Administrative Law is evolving through observation, critique, and borrowing across national legal systems that are increasingly interdependent*” KINGSBURY BENEDICT, KRISCH Nico, STEWART Richard B., & WIENER Jonathan B.; Global Governance as Administration—National and Transnational Approaches to Global Administrative Law; Op. cit. 145 pág. 13. (traducción propia)

3. LA TRANSPARENCIA EN CHILE Y MODERNIDAD LÍQUIDA

*“Sólo que está vacío y muerto
puede ser totalmente transparente”*

(H. BYUNG CHUL)

*“La transparencia y la normalidad
serán percibidas como máscaras
que disimulan algo no confesable”*

(J. ALONSO)

3.1 Modernidad líquida y democracia líquida

La sociedad en la aldea global, está experimentando fenómenos políticos muy transversales, la participación de los electores en las votaciones se reduce cada votación y la tendencia, es que escasamente, las personas mayores mantengan una responsabilidad cívica, donde los jóvenes se encuentran auto marginados de las convocatorias electorales, lo que ha llevado a replantearse la instauración de la obligatoriedad del voto en Chile¹⁵⁶, lo que parece algo sorprendente en países en los que la existencia de regímenes dictatoriales o autoritarios que privaban a los ciudadanos de los derechos políticos esenciales (derechos de reunión, asociación, de opinión y de participación activa en política), pocas décadas después de la recuperación de la democracia, se ha incrementado una apatía política, que debiera ser un preocupación transversal.

En la última elección presidencial de Chile en 2013, del universo electoral, en un sistema de inscripción automática y de votación voluntaria, experimentó una frustrante participación de cerca de un 40% del electorado. Aunque no deben existir cuestionamientos respecto de la legitimidad de los resultados o de falta de representatividad de la ganadora Michelle Bachelet, sin embargo, si se renovaron los

¹⁵⁶

<http://www.24horas.cl/politica/en-que-consiste-el-proyecto-de-ley-que-busca-reponer-el-voto-obligatorio-1712780> (acceso 7 de julio de 2015).

temores en cuanto a que la masa electoral seguirá su tendencia a reducirse cada año. A menos que se mejore la convocatoria, a través de un acercamiento de los políticos o mediante una estrategia de corto plazo de hacer obligatoria la votación que da la apariencia de una mayor participación, aunque muchas veces, se debe al temor de una multa, más que a un interés por los destinos de la Nación.

En este contexto, tenemos otros rasgos compartidos, como la pérdida de influencia del Estado nación y el resurgimiento de nacionalismos con visiones de regiones menores, muchas veces, con un origen histórico reciente, pero que en verdad se trata de una problemática antigua, con una mirada desde una sociedad fragmentada, con participación más informal y menos partidista de movimientos ideológicos y, mucho más, basados en miradas de problemáticas puntuales y vinculados a la solución de asuntos particulares, un verdadero “cosismo” y populismo está tentando las estrategias de los políticos, que quieren ganarse la aceptación rápida y puntual y que, luego de las elecciones, se va desvaneciendo.

En esta breve descripción de una tendencia en varios países, podemos apreciar como el concepto del ciudadano es reemplazada por el individuo “*[s]i el individuo es el enemigo número uno del ciudadano, y si la individualización, pone en aprietos la idea de ciudadanía, y la política basada en ese principio, es porque las preocupaciones de los individuos en tanto tales, colman hasta el borde el espacio público, cuando éstos aducen ser los únicos ocupantes legítimos y expulsan a los codazos del discurso público a los demás.*¹⁵⁷”.

Lo público se encuentra colonizado por lo privado, nos advierte Bauman.

Lo público, se definiría de otra manera, en esta nueva escena tardomoderna, existiría una “desesperada necesidad” de interconexión, y “no se buscan causas comunes”, ni de defender un concepto de bien común a través de las presiones sociales.

En todo este proceso de interconexión, y de interrelaciones de redes sociales, mediante las crecientes y aceleradas tecnologías y en particular los teléfonos inteligentes, la información y el deseo de saber más tampoco tienen el significado de antaño, hoy es una mirada exhibicionista y un “voyerismo”, una mirada de lo morboso. Para Bauman, “*[e]l interés público se limita a la curiosidad por la vida privada de las figuras públicas, y el arte de la vida pública queda reducido a la exhibición pública*

¹⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt; Modernidad Líquida; Fondo de la Cultura Económica 2013, pág. 42.

de asuntos privados y a confesiones públicas de sentimientos privados (cuantos más íntimos mejor)”.

Los temas públicos, que no se ajustan a este formato, terminan siendo algo “incomprensible”. Lo público ya no tiene la connotación de lo político y los intereses de la sociedad, sino una suma de intereses privados, en los que la información y la transparencia parecen jugar un rol que contribuye a esta curiosidad sin fin de los detalles privados, y no necesariamente conducentes a un propósito de rendición de cuentas o hacer responsables a los funcionarios públicos.

Si el espacio público, se estaría quedando vacío por desinterés, por falta de probidad de los políticos o porque los ciudadanos, hoy convertidos en individuos no quieren asumir la parte de los deberes que suponen los derechos, es algo que debe ser asumido por la sociedad como un síntoma muy significativo y con efectos que seguramente desencadenarán en movimientos populistas o de crítica fácil con propuestas casi mágicas que resolverán los problemas de todos con fórmulas que, nadie siquiera consideró antes que ellos, son verdaderos “superhéroes de la política”. Para Bauman, la tarea es “[...] *defender la evanescente esfera de lo público, o más bien reacondicionar y repoblar el espacio público que se está quedando vacío debido a la deserción de ambos lados: el abandono de los ciudadanos interesados y el escape del poder real hacia un territorio, que en cuanto a lo que las instituciones de la democracia existentes puedan exigir, solo puede ser descripto como “espacio exterior”*¹⁵⁸”.

En esta observación, hay una curiosa similitud con la expresión de Byung Chul, solo en lo que está completamente vacío existe la transparencia total.

En este proceso, de un “individuo en guerra con el ciudadano”, de un vaciamiento de lo público y, en particular, del “ágora”, para Bauman existe una clara amenaza de desaparición del discurso crítico y de una “[...] *variopinta sarta de consejeros, intérpretes y gestores se hacen cargo de gran parte de la tarea antes reservada a los legisladores* [...]”, se está desintegrando el presunto vehículo y a la vez blanco de la lucha por la liberación, dejando según Bauman, al discurso crítico sin objeto.

El abrumador flujo de información disponible, y el derecho al acceso pueden estar contribuyendo a lo que describe Bauman, esta sociedad líquida requiere un acceso público de lo privado, un ojo que pueda observar desde todas partes y desde un

¹⁵⁸ BAUMAN; Op. cit. 161, pág. 45.

lugar cómodo, como nuestro despacho y nuestra pantalla, que nos acompaña a todas partes, una especie de gran hermano en formato de Foucault y que nutre las ansias de datos privados de otros privados o de funcionarios públicos.

La reflexión, entonces, debería orientarse más que a las verdaderas intenciones de los millones de observantes, mucho más a los efectos que este flujo de información genera en el espacio público, en la vida pública y la valoración y participación de los ciudadanos, que parecen recorrer de modo virtual esta especie de “*googlemap*” de los funcionarios y de lo público con un potencial efecto ya sea destructivo o bien de adormecimiento de lo público de la vida política.

El concepto de la transparencia “*oscila entre la utopía y la aporía, entre el deseo y la imposibilidad. Extraordinariamente difuso y confuso, contrario y vecino al secreto.*”¹⁵⁹ Nos parece casi imposible hablar de ella sin, al mismo tiempo, referirse a otros términos en los que la misma transparencia juega un rol tanto como beneficio o perjuicio, lo positivo y lo negativo que está íntimamente vinculado con los efectos o la ausencia de la transparencia parecen formar parte de su propia esencia (secreto, engaño, opacidad, control, vigilancia, certeza, trazabilidad, *accountability*, responsabilidad, etc.). La transparencia, la participación y la rendición de cuentas se vinculan y entrelazan mutuamente.

Entre los beneficios del acceso a documentos públicos, en una sociedad democrática y pluralista, de acuerdo con el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, están:

- proporciona una fuente de información para el público;
- ayuda al público a formarse una opinión sobre el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas; y
- fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así a que se afirme su legitimidad.

Nos enfrentamos, asimismo, a desafíos de un aparente exceso de transparencia, en que algunos ciudadanos y las ONG, consiguen acceso de información que parece reservada, pero incluso empleando medios ilícitos, se violan fuentes de agencias del Estado para luego subirlas a la web a la vista de todos, con ello, además de la evidente molestia de las autoridades, se dejan desnudos datos de empresas, individuos, servicio

¹⁵⁹ ALBERGAMO, María Ed. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 174.

secretos de los Estados y datos que, hasta hace muy poco, eran ignorados por la ciudadanía. Que decir, de movimientos como Anonymus, que amenazan no solo con acceder a los códigos secretos de entidades de seguridad, sino intervenir en sus páginas web, alterar la información, borrarla o hacerla pública. No hay duda, que esta amenaza para algunos, o lucha justa para otros, implica desafíos importantes y novedosos y de muy difícil y lenta solución.

La protección de datos, es también un problema que se plantea como la contracara de la transparencia, los ciudadanos y consumidores tienen mucha y muy diversa información entregada a entidades públicas y privadas, alguna de ella entregada voluntaria y conscientemente, y otra, tal vez la mayoría, captada o almacenada de manera no percibida por los ciudadanos y muchas veces utilizada como un activo que se transa en los mercados secundarios, ya que los perfilamientos de los consumidores obtenidos de sus conductas en el internet han logrado precisiones asombrosas con el “*data mining*” o minería de datos, que hoy permiten un conocimiento muy certero de los consumidores finales, ello como herramienta de marketing, se revela como muy beneficiosa para quien la posee, pero como una amenaza para quien la mal emplee. Todo ello, sin considerar aspectos delictuales o de terrorismo que harán cada día más, del manejo de los datos personales, un delicado tema y un desafío regulatorio y tecnológico.

Entre las lecciones aprendidas y desafíos del proceso de implementación de la ley de transparencia, Raúl Ferrada¹⁶⁰, menciona las siguientes:

- para que la instalación de un derecho fundamental e haga efectivo, debe orientarse al acción institucional a las necesidades. El derecho a la transparencia debe percibirse como útil y acorde con las expectativas;
- debe acompañarse el fortalecimiento de las capacidades institucionales de los organismos públicos. Ello mediante herramientas de gestión, capacitación, modelos de trabajo y autoevaluación;
- promover herramientas de gestión con altos estándares;
- establecer hojas de ruta con flexibilidad;

¹⁶⁰ FERRADA, Raúl; Los desafíos de la Instalación del Consejo para la Transparencia en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 49 y 50

- innovación, de deben diseñar e implementar productos y canales que faciliten transmitir las ventajas;
- equipo de trabajo y cohesión interna; liderazgo y valores que determinan la cultura organizacional; y
- redes nacionales e internacionales, para la cooperación.

La transparencia, sin embargo, debe mirarse con cautela, ya que no debe ser considerada como un derecho absoluto o un fin en sí mismo. Hay algunos autores, como Byung-Chul¹⁶¹, que nos advierten que la transparencia, en una sociedad acostumbrada a tener accesos ilimitados a la información, puede llegar a convertirse en un rasgo totalitario, al exigir a la sociedad una uniformidad, a una coacción sistémica y que tiende a nivelar al hombre y lo subsume en un sistema.

Al sublimar la transparencia y querer acceder a todos los rincones de las personas, nos aclara este autor, que transparencia y verdad, no son idénticas, genera una desconfianza hacia lo oculto, aunque en ello no exista necesariamente algo indebido, y llevaría desde el Panóptico de Bentham, a una sociedad de control y a la vigilancia total, en especial, con la aparición y el amplio uso de las redes sociales, que tienen hoy capacidades tecnológicas impensadas de seguimiento y control de los ciudadanos-consumidores. Las reflexiones de Byung-Chul, que terminan designando a la transparencia como un equivalente a la pornografía, que no oculta nada, nos deben hacer considerar, que la transparencia no es un fin, no debe pensar que su extensión ilimitada, no entraña peligros, y que puede en malas manos, un exceso de información, llevarnos a anticipar a los peligros de un control político, un seguimiento de la privacidad o un mal empleo de las empresas o incluso del Estado.

El acceso a información pública, está orientado a un fin diferente que la mera sobreexposición o el desnudamiento de todo, se trata de la necesidad de los controles democráticos y mucho mejor decir, controles republicanos de los poderes del Estado, de las autoridades, de los funcionarios, la necesidad de un *accountability* en la gestión, mas no una especie de espionaje es lo que debe encausar la normativa y su delimitación.

¹⁶¹ HAN, BYUNG-CHUL, La Sociedad de la Transparencia; Herder Editorial S. L. Barcelona, 2013.

Para Goethe, que estudió los colores, *“la transparencia es solo el primer grado de opacidad”¹⁶²*, concluyó que, para que exista transmisión de luz, debe existir una opacidad que sirva de transmisión, este elemento debemos considerarlo a la luz de nuestro análisis de los elementos que cumplirán esta función en la transmisión de información. No existirá transparencia, entonces, sin la presencia de un intermediador.

La transparencia, no cabe duda, es una herramienta importante en la lucha contra la corrupción, se trata empero, de un tema cultural, en los que existe fallas normativas y la probidad se encuentra en jaque, para Vivianne Blanlot, *“[...] a través de la norma de acceso a la información el ciudadano se convierte en un actor de control social del accionar de los órganos del Estado, lo que inhibe faltas a la probidad. Por otra parte, disponer de la información relativa a la acción de órganos del Estado responsables de proveer bienes y servicios públicos favorece una gestión proba y eficiente, para beneficio de los ciudadanos que deben acceder a ellos”¹⁶³*.

Podemos afirmar, que existe un verdadero consenso respecto a que la transparencia puede beneficiar a la democracia, incluso en la mirada comparada, lo que debe apreciarse desde una perspectiva integrada y que involucre varias medidas y cambios significativos de leyes y políticas públicas, se requiere, por ello *“[...] incrementar de forma importante el nivel de transparencia y eficacia de las instituciones públicas españolas; por otra parte, aumentaría el nivel de integridad y apertura informativa de los partidos políticos, lo cual contribuiría a una mejor imagen y un acercamiento a los mismos de los ciudadanos, y por supuesto contribuiría notablemente a combatir esa importante lacra social que es la corrupción, dado que el mejor antídoto contra la misma es sin duda la transparencia”¹⁶⁴*.

Se planteaba, por ello, la necesidad de crear un órgano independiente, encargado de velar por la transparencia.

¹⁶² SERRA Marcello, ALBERGAMO María Ed. “A través del Medium. Lo que resta de transparencia” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 557.

¹⁶³ BLANLOT, Vivianne <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/27/31328/Cumbre-de-transparencia.aspx> (acceso 10 de mayo de 2015).

¹⁶⁴ Antonio Garrigues Walker, Jesús Lizcano Álvarez, Jesús Sánchez Lambás y Manuel Villoria Mendieta integran el Comité de Dirección de Transparencia Internacional España. Diario El País, 27 de octubre de 2011, http://elpais.com/diario/2011/10/27/opinion/1319666412_850215.html (acceso 17 de mayo de 2015).

En el Informe de Cuenta Pública que rindió el Fiscal Nacional Sabas Chahuán, inmerso en las investigaciones de graves casos de corrupción en Chile, se señala que se ha prestado especial importancia a los delitos económicos y la persecución de todas las expresiones de corrupción “*ya sea pública o privada, considerando el potencial lesivo de este tipo de conductas que afectan gravemente la confianza y pueden llegar a erosionar las bases de la convivencia democrática si no son reprimidas con la máxima severidad que faculta la legislación*”¹⁶⁵, que aunque representan un bajo número 0,1% de las investigaciones que además mostraron respecto del año 2013 una disminución de 2,83%.

Sin transparencia, no puede existir una democracia responsable, pero al mismo tiempo, y recordando las imágenes del gran hermano de Orwell, un control y seguimiento absoluto, no parecen exentos de grandes peligros, a la vez, debe evaluarse en las normativas, leyes apropiadas de protección de datos que impidan un mal uso y tal vez, la mayor tentación, el peligro de mercantilización de la información y su trazabilidad mediante las capacidades de *datamining* que permiten hacer un seguimiento y un perfilamiento de cada ciudadano-consumidor, que obligan a las sociedades a tener una enorme cautela ante estos riesgos implícitos.

En la tardomodernidad, para emplear el concepto de Ulrich Beck, los ciudadanos, son cada vez menos sociales, y tal vez se alejan de una concepción griega del ciudadano (obligaciones) para sobredimensionar una concepción romana del mismo (derechos). En este cambio de paradigmas, nos advierte Zygmunt Bauman, es que las personas están abandonando el espacio público y hoy tienen una creciente desconfianza de lo público, ello seguramente propulsado por una prensa falta del rigor científico y que muchas veces concluye su labor en la simple especulación y en afirmaciones genéricas, transformadas en noticias por su manera de plantear intrigas o escándalos que tal vez, no sean constitutivos de delitos o faltas, sino solo de intrigas.

Si la transparencia es equivalente a la verdad y la opacidad a la mentira, pudiera pensarse que, todo lo que no conocemos, debería ser merecedor de un reproche, por el sólo hecho de no ser explícito, esta denuncia preocupante de Byung Chul, se condice con la recomendación de Bauman¹⁶⁶ “[...] *la tarea consiste en defender la evanescente esfera de lo público [...] repoblar el espacio público que se está quedando vacío debido a la*

¹⁶⁵ Cuenta pública 2015 - fiscalía de chile discurso del Fiscal Nacional Sr. Sabas Chahuán Sarrás.

¹⁶⁶ BAUMAN, Op. cit. 161, pág. 45.

deserción de ambos lados: el abandono de los ciudadanos interesados y el escape del poder real hacia un territorio [...]”.

Este proceso de individualización y de “colonización de lo público por lo privado” es el claro demandante de un acceso total e igualitario de información, que advierte Byung Chul puede ser de rasgos totalitarios. Lo que se anunció como una herramienta de enormes potencialidades de emancipación del individuo “[...] *que ofrecía oportunidades de acceso sin límites a cualquier tipo de información, ha terminado deviniendo una verdadera amenaza, el mayor “facilitador de los totalitarismos” que hayamos conocido.*¹⁶⁷”

La democracia líquida, que fuera planteada por Bauman, que no es otra cosa que, un sistema de democracia directa, ejercido a través de las redes sociales y las capacidades de los ciudadanos, ahora interconectados y empoderados por los teléfonos portátiles, con impensadas capacidades de interacción, sumados a las demandas de transparencia en sentido absoluto, la legitimidad de la política contemporánea se sustenta en la fe ciega en la transparencia y, en que únicamente, un gobierno que sea totalmente transparente, será del mismo modo, totalmente sujeto de rendición de cuentas, lo que Fernando Vallespín denomina un “panóptico inverso¹⁶⁸”, antes el poder derivaba de lo oculto y lo sacro y ahora, deriva según él, de una “inversión de la legitimidad del poder”, hoy son los políticos y quienes detentan la representación del poder, los que deben transparentar todo y es ahí donde reside la confianza de los ciudadanos.

Todo lo que hemos descrito, deriva en que se ha roto “*la posibilidad de cerrar un espacio como espacio público, es decir, ya no hay diferencias entre el espacio público y el espacio privado*” y “la pérdida de toda *auctoritas*”, para Vallespín, el efecto de este nuevo orden de transparencia, ha herido de muerte a la representatividad.

La promesa de la información libre y accesible para todos como un motor de control ciudadano ha dado paso a los temores de la pérdida de privacidad, “[e]s la

¹⁶⁷ “El fenómeno Wikileaks y la Transparencia” Gómez, Oscar, Albergamo María Ed. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 127.

¹⁶⁸ VALLESPIN Fernando, ALBERGAMO María ED. “Transparencia y Democracia” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 43.

*información: exacta y en tiempo real. Pues ese gran remedio contra las arbitrariedades de los poderosos por medio de las tecnologías, es también la muerte de la privacidad.*¹⁶⁹”

Un primer paso fundamental, debe ser la inclusión de principios rectores en la legislación y en la carta constitucional, lo que ocurrió en el caso chileno, por etapas, a través de una norma legal de reforma de la constitución política se incorporó en el inciso 1.º del artículo 8.º el principio que “[e]l ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. Y antes en la ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de 1986, los funcionarios debían “observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

El Tribunal Constitucional, se pronunció por vez primera de manera bastante tardía en términos relativos, solo en el año 2008, a propósito del análisis de la propia ley de transparencia, en la que señaló que “[...] el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a información pública constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas que, eventualmente, puedan resultar lesionados como consecuencia de una actuación u omisión proveniente de los mismos¹⁷⁰”.

En todo caso, Marisol Peña destaca que, la Corte Constitucional reafirmó que la garantía estaba “reconocida implícitamente¹⁷¹” en el artículo 19 n.º12 y no en el

¹⁶⁹ SÁNCHEZ LAMBAS, Jesús, ALBERGAMO María ED. “Estados modernos, Transparencia y homeopatía” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 180.

¹⁷⁰ Considerando 9.º, Sentencia Rol 634 de agosto de 2007, citado por PEÑA, MARISOL; El valor de la Transparencia en la mirada del tribunal Constitucional; en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 108 y 109

¹⁷¹ Sentencia Rol 1990 Tribunal Constitucional

texto del artículo 8.º (La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa).

Se trata afirma Rajevic¹⁷² de un concepto de “*alta carga valórica, expresada en términos como intachable, honesto, leal, interés público o interés privado, conceptos jurídicos indeterminados que en su aplicación al caso concreto contribuyen a despejar las nebulosas que en esta materia –muchas veces más de grises que de blancos y negros- pueden presentarse*”.

Debe advertirse, en todo caso, que la opción de un reconocimiento parcial de nivel constitucional, ha sido considerado como insuficiente por varios sectores de la sociedad. En efecto, en el mes de marzo de 2013, se presentó una moción parlamentaria con el propósito de modificar el artículo 8.º de la Constitución¹⁷³, se trata de un proyecto de reforma constitucional la que fue iniciada por moción de los senadores Larraín, Allende, Alvear, García y Tuma, lo que implica una representación transversal en términos ideológicos y de los partidos parlamentarios, que entre otras cosas establece las siguientes propuestas:

- “El Consejo para la transparencia tiene competencias legales que han demostrado ser aptas para promover la cultura de la transparencia y el respeto del acceso a la información. La evaluación tanto del ejercicio de la transparencia activa y pasiva han sido positivas, con un destacado y activo rol de la sociedad civil y de las ONG que se dedican a la promoción y discusión de este tema.

- Se estima que entre los obstáculos y dificultades para la profundización de la cultura de la transparencia, se señala la falta de consagración expresa en la constitución del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

- La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, muestran un “retroceso” que los despoja del sustento y protección que concede el artículo 8.º.

¹⁷² RAJEVIC MOSLER, Enrique; La inclusión del principio de probidad en la constitución y la función de control: una necesaria revisión. Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público “Reformas Constitucionales 2005.Un año después”. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2006 pág. 2

¹⁷³ Boletín 8805-07

- Otro de las debilidades del sistema, serían (según el Consejo para la Transparencia) “la debilidad de los procedimientos de respuesta estatal a las solicitudes de información pública”.

- La ausencia de una consagración constitucional del principio de transparencia deja completamente fuera entidades privadas e incluso a los partidos políticos que sostienen, de manera que pudiera sorprendernos, que son entidades privadas y regidas por el derecho privado, y no le serían por ello aplicable las obligaciones de transparencia de las entidades públicas”.

El Consejo para la Transparencia ha planteado en varias ocasiones, la conveniencia que se obligue a los partidos políticos a entregar información relevante, respecto de su financiamiento y de su gestión, de manera que se le apliquen las exigencias de transparencia activa y publiquen, entre otras cosas: “*estructura orgánica, planta de personal y remuneraciones; contrataciones de bienes y servicios y transferencias de fondos públicos*”¹⁷⁴ y, que además, queden sujetos a ciertas obligaciones de transparencia pasiva y los ciudadanos también puedan requerir cierta información y se les someta a las obligaciones ya existentes para el lobby, que deben registrar las reuniones y realizar declaraciones de intereses y patrimoniales, comentó la Presidenta Vivianne Blanlot. Esta exigencia sin una garantía constitucional se ve disminuida.

El borrador propuesto, del proyecto de ley de reforma constitucional, el que a la fecha¹⁷⁵ se encuentra en trámite de Comisión Mixta, y que plantea el siguiente texto: “*artículo único: modifícase la Constitución Política de la República de la forma siguiente:*

a) Sustitúyese el artículo 8.º por el siguiente: El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad, transparencia y al acceso a información pública en todas sus actuaciones.

b) Se incluye un nuevo inciso segundo en el artículo 19 n.º12, dentro de los derechos constitucionales: “Toda persona tiene derecho a buscar, requerir y recibir información pública, en la forma y condiciones que establezca la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

Para uno de los autores del proyecto, Senador Larraín, la justificación, estaría en que “[...] se abonda en la entrega de la información pública como un derecho permitiendo

¹⁷⁴ Diario El Mercurio 14 de enero de 2015, entrevista a Vivianne Blanlot

¹⁷⁵ al 13 de Enero de 2015.

*un mejor combate contra la corrupción y facilitando el control de la gestión pública, así como de los procesos democráticos*¹⁷⁶”.

Para el Senador Herboe, por su parte, se trata de una respuesta a los fallos del Tribunal Constitucional que desde 2011, por medio de la vía de la interpretación, comenzó a relativizar la interpretación de la norma haciendo necesario establecer una garantía de principio de probidad y protección de los derechos de información. Con ello, se explica que se quiere rectificar una línea jurisprudencial, que estaría limitando el ejercicio del derecho de acceso, posiblemente porque el texto original no fue más claramente expansivo, y permitía una interpretación más conservadora y restrictiva.

3.2 Concepto de transparencia y su relevancia hoy en Chile

La transparencia, parece ser un concepto aparentemente muy sencillo y comprendido por todos los ciudadanos, sin embargo, cuando nos enfrentamos a un caso concreto y delicado, esa certeza desaparece. ¿Es la transparencia un derecho fundamental?

La transparencia se va a definir mejor por sus delimitaciones, será transparente todo lo que no es secreto o está protegido por una ley o una causa de seguridad nacional, defensa o relaciones internacionales. Este, sin embargo, es un camino que puede ser demasiado impreciso, vago e incluso inadecuado.

Podemos afirmar, entonces, que la transparencia tiene muchos beneficios transversalmente reconocidos, “[l]a transparencia ayuda a los mercados y a los Estados a funcionar mejor; por ejemplo, gracias a la información macroeconómica que producen y publicitan los Gobiernos, los inversores, productores y consumidores pueden tomar decisiones más eficientes. Además, la transparencia en los datos públicos permite una mejor coordinación entre los miembros del Gobierno, sobre todo en el proceso presupuestario; y favorece que el diseño y evaluación de políticas sea de mejor calidad, mejorando la colaboración horizontal e intergubernamental, asignatura pendiente de nuestra Administración”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ www.senado.cl (acceso 14 de marzo de 2015).

¹⁷⁷ Diario El País, 5 de abril de 2012, GARRIGUES WALKER ANTONIO / LIZCANO ÁLVAREZ JESÚS / VILLORIA MENDIETA Manuel / SÁNCHEZ LAMBÁS Jesús http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562_798871.html (acceso 19 de abril de 2012).

La ley de acceso a la información pública de Chile, señala que *“la función pública debe ejercerse con transparencia, permitiendo y promoviendo el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten¹⁷⁸, debe respetarse y cautelarse en la función pública, la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la administración, del mismo modo, que los fundamentos que se han considerado¹⁷⁹”*.

Se trata, como recalca el artículo 5.º de la misma ley, de un principio que debe informar todos los actos de la administración y la función pública, ya sea que se trate de documentación, actos, resoluciones, sus fundamentos, los documentos que sirvan de sustento o complemento, así como los procedimientos son de publicidad en la regla general y sólo las excepciones que fije la ley o una ley de quórum calificado, cuando exista necesidades de establecer una protección por causa de reserva o secreto. Del mismo modo, lo refuerza en el reglamento de la ley, el principio de apertura o transparencia que implica que *“[t]oda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado se presume pública, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas en una ley de quórum calificado”¹⁸⁰*.

Existe, en todo caso, una similitud en esta aproximación, que se puede apreciar al inicio de la legislación española sobre la materia, ya que la mirada, es desde una perspectiva que se basa tanto en la información, y también en el derecho subjetivo, entonces, son las personas las que tienen el derecho a acceder (derecho de acceso) y que la información que se define como pública serán *“[...] los contenidos o documentos, cualquiera que sea si formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones¹⁸¹”*.

En el preámbulo de la ley española, se indica que, deben ser los ejes fundamentales de toda acción política, la transparencia, el acceso a la información y las normas de buen gobierno, aquí existe un matiz respecto del enfoque chileno, ya que puede parecer que se quiere remarcar una mirada más integral y sistémica en el

2015).

¹⁷⁸ Ley 20.285 art 3.

¹⁷⁹ Ley 20.285 art 4.

¹⁸⁰ art 12.º Decreto 13 del 13 4 de 2009 del ministerio secretaría general de la presidencia reglamento de la ley no 20.285 sobre acceso a la información pública.

¹⁸¹ 12.887 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Art 13.º.

caso español, que en el caso de la ley chilena, ya que basta solo mirar el nombre de la ley y del organismo encargado de su custodia, tiene este mandato ampliado, esto es, el del buen gobierno, que no se observa en el caso de Chile. La necesidad de someterse al escrutinio y en que los ciudadanos estén debidamente informados y que los poderes públicos comiencen a responder a una sociedad que es “*crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos*”¹⁸².

La ley chilena, lo declara en su artículo 10.º, la perspectiva subjetiva del titular del derecho, “[t]oda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley”.

La transparencia, nos parece, que debe mirarse con alguna sutil diferencia, y la definiremos como, “*el derecho a conocer aquello que no se quiere mostrar, por una persona o entidad que se encuentra obligado a ello*”. Este concepto, que proponemos, hace hincapié en que siempre existe una parte de la información o casi todo disponible al conocimiento y escrutinio de los ciudadanos y que siempre o casi siempre, quienes quieren ocultar algo, están disponibles para mostrar por parcialidades, aquello que no les causa problemas.

De esta manera, lo que nos parece muy obvio y evidente, y que está casi siempre disponible en las páginas web (transparencia activa), no parece ser necesariamente, lo que debería estar al alcance de nuestro concepto, y en que algunas veces, precisamente se muestra algo para ocultar otra cosa, con una especie de *missdirection*, que tanto se emplea en la magia, que hemos denominado Transparencia Putativa o Aparente.

La necesidad de mostrar una normalidad tranquilizadora, en que no existe nada que ocultar, en ello, la transparencia podría ejercer una labor muy determinante, y “[e]ste es el riesgo de la transparencia, el de ser vista como una simple estrategia que no quiere decir su nombre, como una nueva forma aun más sofisticada de la manipulación. Si esta deriva se acentúa, podrá incluso ser interpretada como una verdadera señal de alarma de que algo preocupante y turbio se esconde.”¹⁸³

¹⁸² 12.887 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Preámbulo, párrafo primero.

¹⁸³ ALONSO, Juan; “Las transparencias engañan”, ALBERGAMO María ED. La Transparencia Engaña, Madrid Op. cit. 5 pág. 81.

Muchas veces, la transparencia, “[...] *más que oponerse a la opacidad, parece más bien como un complemento de ésta, en el sentido de que hacer transparente una cosa implica casi necesariamente ocultar otras.*”¹⁸⁴

El derecho de acceso a información, debe entenderse como un derecho, que no se puede manifestar por parcialidades, con limitaciones demasiado extensas, por el contrario, la transparencia es el género y “la falta de transparencia”, que así lo denominaremos en este trabajo, la excepción, misma que es deseable que debe irse minimizando con el tiempo, apoyado fundamentalmente, en la labor de las autoridades que velan por la transparencia y por los tribunales, que revisan sus decisiones y delimitaciones, cuando sea denegado el acceso.

Existe también desconfianza de la transparencia en la doctrina española que considera que puede ser una vía muy eficiente para el engaño, ya que “[l]a verdad pura puede ser nefasta: el fraude es el arte de engañar diciendo la verdad; una transparencia sin justicia es una hipocresía, una verdad sin generosidad ni modestia es una mentira, una virtud atomizada, separada de todo contexto moral es un vicio”¹⁸⁵.

Si la transparencia se limita a lo que las autoridades quieren mostrar, y eso ha sido históricamente la transparencia, de hecho, reyes, dictadores, presidentes y gobiernos de toda naturaleza, se han considerado a sí mismos como muy transparentes, ya que hacen pública una parte de las materias o sus fundamentos y circunstancias, muchas veces del todo irrelevantes para servir a la rendición de cuentas o la responsabilidad.

Hasta ahora, fueron la prensa o las ONG, las únicas que velaban por informar a la ciudadanía y quedaba, bien al criterio del gobernante o bien a la acción más o menos legal de obtención de la información de entidades no gubernamentales y, muchas veces, asumiendo riesgos personales por causa de esta labor fundamental.

La normativa chilena, a su vez, optó por un criterio basado en el origen del financiamiento y estimó como información pública, “[...] *toda información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación*

¹⁸⁴ GÓMEZ, Oscar; “El fenómeno Wikileaks y la Transparencia”, ALBERGAMO María ED. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 120.

¹⁸⁵ JANKÉLEVIC citado por ALONSO, Juan, “Las transparencias engañan” ALBERGAMO María Ed. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 77.

o procesamiento, es pública, a menos que esté sujeta a las excepciones establecidas por esta Ley o por una ley de quórum calificado”¹⁸⁶.

La transparencia, no puede entenderse sólo, desde la perspectiva de la información, sino que debe pensarse también, desde el medio que la entrega, la contiene, la selecciona y la filtra y, también quiénes y de qué manera, se realiza esta selección: “[l]a transparencia responde a la condición según la cual determinada sustancia tiene la capacidad de transmitirnos o comunicarnos otra sustancia sin desaparecer. En otras palabras, es transparente aquello –el agua, el aire, un tejido sutil, una hoja de papel de seda, por ejemplo- que deja “transparentar” lo que hay detrás, debajo o dentro de sí sin anularse: al contrario manteniéndose perfectamente vivo y presente en el preciso momento en que acepta su invisibilidad o su mínima visibilidad”¹⁸⁷.

La transparencia y, la implementación de las leyes de acceso, han generado beneficios evidentes y claros en el fortalecimiento de una sociedad democrática, sin embargo, y tal vez, de modo menos anticipado por sus promotores, la transparencia también generó beneficios profundos en otros ámbitos que implicaron promover una mayor eficiencia y modernización del Estado y, también, de la función pública. En efecto, las exigencias de implementación de la ley de acceso, supusieron asimismo, que los servicios del Estado, requieran mejorar e incluso crear medios adecuados de archivo y, también informáticos, que reforzaron y actualizaron los existentes. De esta manera, se puede plantear, que a más de 6 años de vigencia de la ley chilena, los servicios públicos debieron invertir, implementar y capacitar. En palabras de Díaz-Tendero y Pefaur¹⁸⁸, “[...] la operatividad empírica de los procesos asociados, requi[ere]rió cambios y adecuaciones de algunas prácticas sociales e institucionales que están arraigadas tanto en la ciudadanía como en los funcionarios”.

De acuerdo con los datos mostrados por estos autores, los Índices de Transparencia Pública y Acceso a la Información (ITAI), nos indican positivos resultados en valoración institucional de la ley, con un 72% y, también muy positivos,

¹⁸⁶ Ley 20.285; art. 5.º

¹⁸⁷ BETTINI citado por “A través del Medium. Lo que resta de transparencia” Serra Marcello, Albergamo María Ed. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 56

¹⁸⁸ DÍAZ- TENDERO Eolo Y PEFAUR Daniel; El derecho de acceso a la información pública como principio de acción de modernización de la gestión Pública y del Estado: Mediciones y efectos en Chile. Revista Transparencia & Sociedad, Edición N.º 1, Consejo para la Transparencia. pág. 37. Junio 2014

es el desarrollo de las capacidades institucionales para el cumplimiento del derecho al acceso, con un 60%.

Los malos balances, sin embargo, se limitan fundamentalmente, al bajo nivel de conocimiento ciudadano de la normativa (8%), y ello nos lleva a pensar que los usuarios de la ley, son un subconjunto de personas, más bien cerrado y especializado, que internamente utiliza, circula y trabaja con la información solicitada. Concluyen estos autores que, “[...] *de nada sirve aplicar mecanismos de control estandarizados si ellos no responden a los énfasis de gestión que se pretenden marcar en la ejecución de políticas y de la acción estatal*”¹⁸⁹.

El cumplimiento, sin embargo, de la ley de transparencia en Chile, luego de casi 6 años de aplicación de la ley, parece ser bastante exitoso si observamos los datos de evaluación. Las empresas públicas, por ejemplo, muestran un nivel de cumplimiento de un 88% de la ley, de acuerdo con el segundo proceso de fiscalización que se realizara en noviembre de 2014, lo que muestra una mejoría de un 10%, respecto de la muestra anterior, realizada en marzo del mismo año. Esto implica que, la mayor parte de la información que exige la ley.

La cobertura de la ley de acceso en Chile, según datos del Consejo para la Transparencia, en cuanto a los sujetos obligados por la ley, de 770 organismos públicos, de los cuales 325 son parte de la administración central, 345 del total corresponden a municipios, 30 empresas públicas, 54 corporaciones municipales, 4 organismos autónomos, 16 universidades estatales y 7 fundaciones¹⁹⁰.

De las entidades descritas el nivel de cumplimiento de la transparencia activa en las fiscalizaciones realizadas en 2014 por el Consejo para la Transparencia, es la siguiente:

- Organismos de la administración central	92,91%
- Universidades	85,07%
- Municipalidades	56,09%
- Corporaciones Municipales	45,7%

¹⁸⁹ Ibíd., pág. 45.

¹⁹⁰ <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/edic/base/port/estudios.html> (acceso 5 de octubre de 2015)

- Fundaciones	91,31%
- Empresas públicas	78,52%

Ciertamente son las administraciones locales municipales, las que revelan niveles de cumplimiento más bajo en cuanto a la transparencia activa, sin embargo, se puede apreciar que el nivel general de la administración pública es bastante aceptable, superando en casi todos los casos el 80%.

La mayor cantidad de requerimientos de acceso a información, llegan a los gobiernos municipales, casi el 80% de las solicitudes a la administración pública (municipalidad de Santiago con 925, municipalidad de Peñalolén con 590, municipalidad de Recoleta con 477, de Vitacura con 474, Concepción con 429, Coquimbo con 321 y La Cisterna con 312), son 7 de las 10 entidades más requeridas, según datos de diciembre de 2014, lo que revela una interesante tendencia, pero al mismo tiempo, un desafío importante para generar una capacidad logística de respuesta ante un número creciente de solicitudes, que en los primeros 11 meses de 2014, acumulaba 28.000 solicitudes.

Como se ha planteado en este trabajo reiteradas veces, la transparencia y la información a la que accedemos, no representan necesariamente lo verdadero, y debemos entender que la objetividad es una pretensión de la ciencia, como nos recuerda Maturana, al distinguir entre la objetividad y la “objetividad entre paréntesis”. Los observadores, están condicionados por sus circunstancias, por su conocimiento, por su lenguaje y su cultura y, por más que se esfuercen por una objetividad absoluta, estaremos generalmente distorsionados por nuestra forma de ver y de entender la información o de producirla, “[...] *la transparencia exige inmediatez y de ahí nuestra desconfianza generalizada hacia el lenguaje*¹⁹¹”, al igual que, la propuesta de Wittgenstein en su libro Tractatus, el lenguaje no posee las cualidades que permitan expresar algunos conceptos y por su limitación e insuficiencia de palabras o la limitación cultural, hace imposible la pretensión de expresar con exactitud, llegando al extremo de afirmar que, solo el silencio, es ético.

La pretensión de que los datos, que las cifras, tendrán una pureza que las hacen verdaderas, se trata del “mito de la transparencia”, para Juan Alonso, y nuestro

¹⁹¹ ALONSO, Juan “Las transparencias engañan”; ALBERGAMO MARÍA ED. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 71

entusiasmo por el beneficio de las tecnologías por facilitar el acceso puro y libre de manipulaciones de la información, transformando nuestro mundo informático en un mundo informado, parece derribarse con los softwares, browsers, navegadores, buscadores que terminan delimitando, especificando y personalizando la información. *“El mundo parecía hacerse transparente, pero evidentemente se trataba de una ilusión: una cantidad tan grande de información es, en realidad muy opaca, y necesita un filtro, una reducción de complejidad”¹⁹²*.

La explosión del universo del “*big data*”, ha generado una sobredimensión informativa, ya la dificultad no se encuentra en la ausencia de datos, sino muy por el contrario, que existe demasiada y a la vez, muy difusa información, con lo que los requirentes de ésta, se ven sumidos en el angustiante esfuerzo de buscar en un inmenso océano informativo, donde todo parece de idéntico valor, entonces, ¿cómo poder discernir y jerarquizar entre tanta información?

Los buscadores parecían medios casi “*chamánicos*”, que nos resolverían este problema, pero están resultando ser un nuevo desafío, al transformarse en el medio que selecciona y entrega la información y con el uso de software de gran capacidad de procesamiento y con las habilidades de “*data mining*”, pueden hacer una labor de selección de esta información por nosotros, pues ya nos conocen muy bien, por medio de nuestros comportamientos en la navegación en los propios ordenadores y teléfonos inteligentes, que han ido convenientemente, registrando y perfilando con nuestros rasgos e intereses. De esta manera, Google, Facebook y otros similares, ya están realizando una “pre” selección de la información, que es filtrada, para “nuestro” interés y conveniencia y, por qué no decirlo, también para nuestra protección, se trata de los filtros de nuestros sueños y nos ahorran los malos ratos de encontrar algo “inconveniente”.

Entonces, puede ya ser tiempo que admitamos que existe mas bien, una apariencia y una especie de transparencia, en la que “[n]uestros filtros de acceso a la red hacen los que internet nos parezca un territorio transparente, pero se trataría de una simulación de transparencia [...]”¹⁹³, lo compara Marcello Serra, al efecto que produce

¹⁹² SERRA, Marcello; “A través del Medium. Lo que resta de transparencia”; ALBERGAMO MARÍA ED. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 64.

¹⁹³ SERRA Marcello, ALBERGAMO MARÍA ED. “A través del Medium. Lo que resta de transparencia” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 63.

la perspectiva en la mirada, en la que no se tiene el panorama completo de lo que observamos, y donde no se percibe la “*presencia de la mediación o no somos conscientes de cómo esta se produce*”.

La transparencia, como un mito esperado de liberación, una utopía de que, todo lo que podemos conocer o ver, es por definición verdadera, pero lamentablemente, se trata de una conclusión basada en un supuesto, no necesariamente fidedigno y acertado. “*La transparencia no solo para recuperar una confianza, o una espera fiduciaria como propone Fontanille, sino que puede ser ejercida [...] para demostrar que el implícito de la insospechabilidad disipa la transparencia, la desvía en otro sentido: ya no para ser de un significado claro y nítido, sino para todo lo contrario*”¹⁹⁴.

3.3 Perspectiva internacional

La evolución del derecho al acceso, tiene larga data y ha sido fruto del aporte evolutivo de diferentes convenios internacionales, declaraciones y también de normas nacionales, entre las cuales pueden destacarse:

- Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 15.º) de 1789: “*la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración*”.

- Declaración Universal de los derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948: “*Todo individuo tiene el derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye de no ser molestado a causa de opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones; y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

- Convención Americana de Derechos Humanos (art 13º), en cuanto parte de la libertad de pensamiento y de expresión, a la que Chile adhirió en 1990: “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas*

¹⁹⁴ GONZÁLEZ Rayco, ALBERGAMO MARÍA ED. “La transparencia como efecto de sentido” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 110.

por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

- Convenio para la salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 10°), del 4 de noviembre de 1950: *“1. Toda persona tienen derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar información o ideas son que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”.* A este respecto, la Corte Europea de derechos humanos, ha declarado en varios casos, que esta garantía constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso (casos Lingens contra Austria N.º 9815/82 y centro Europa 7 SRL y Di Stefano contra Italia N.º 38433/09).

- Convención Interamericana Contra la Corrupción adoptada el 29 de marzo de 1996 en Caracas y ratificada por Chile en 1998. Que en su art III párrafo 11.º se indica que los Estados miembros deberán establecer *“mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”.*

- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *“El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho. Este principio sólo admite limitaciones excepcionales que deben estar establecidas previamente por la ley para el caso que exista un peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas”*¹⁹⁵.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (16 de diciembre de 1966) art 19.º: *“1. Nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones.*

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente o por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

¹⁹⁵ derecho fundamental parr 27. Principio 4.º declaración de principios sobre libertad de expresión <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm> (acceso 7 de julio de 2015).

- Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información¹⁹⁶, aprobada por resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), de la Asamblea General.

- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (7 de diciembre de 2000), en su art 42: *“todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a todos los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo de la Comisión, cualquiera que sea su soporte”*.

Las convenciones internacionales no solo constituyen una fuente formal del derecho internacional consagrado en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino que han contribuido en muchos casos a desarrollar estándares comunes y que mejoran las normativas nacionales. Debemos advertir que muchas de las convenciones internacionales son genéricas y tratan de evitar por parte de los Estados ceder soberanía, como nos señalara Kelsen, se trata de un derecho primitivo, mientras se mantenga el dogma de la soberanía nacional. Es en este contexto que las convenciones multilaterales han abierto un espacio de debate e intercambio de estándares y buenas prácticas, que muchas veces nacen con el valor de un *softlaw*, pero que al poco andar, van ganando aceptación y credibilidad de la comunidad internacional y que los propios tribunales internacionales van por la vía de la interpretación aplicando en la resolución de las contiendas que se les someten.

3.3.1 Antecedentes en la normativa europea

Hay varios convenios europeos y acuerdos internacionales que han sido adoptados en el desarrollo de una promoción y profundización de la mayor transparencia:

- Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

- Convenio de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Información.

- Participación Pública en la toma de decisiones y el Acceso a la Justicia en los temas Medio Ambientales (Aarhus, 25 de junio de 1998).

¹⁹⁶ https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf (acceso 7 de julio de 2015).

- Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, (18 de junio de 2009)

- Convenio para la Protección de Individuos con respecto al Proceso Automatizado de Datos Personales del 28 de enero de 1981.

Como ya advertimos, los convenios pueden ser de aplicación restrictiva y limitada a regiones muy particulares, pero la influencia comparada y en la aceptación que paulatinamente van ganando en la comunidad internacional, generan un valioso marco y *benchmark* jurídico que sirve de modelo para la imitación y seguimiento de otras naciones.

3.3.2 Naturaleza del derecho y su reconocimiento de la jurisprudencia constitucional

El caso de México, como primera legislación desarrollada en Latinoamérica, con una entidad con el rol de supervigilancia de la transparencia (IFAI), fue también un claro motor de protección de los derechos fundamentales, “[...] *la transparencia (en el más amplio sentido que le pueda ser asignado), es sino la única, sí la efectiva, eficiente y legítima forma en la que la ciudadanía podrá tener conocimiento cierto de qué esperar en el caso de acudir a la CNDH*”¹⁹⁷¹⁹⁸.

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión” (Declaración de los Derechos Humanos de la ONU; art. 19.º).

Qué elementos conforman una garantía de acceso a información:

- definición del concepto de información pública,
- beneficiario del derecho,

¹⁹⁷ Comisión Nacional de Derechos Humanos de México.

¹⁹⁸ PULIDO, Miguel Angel; Una aproximación a la información pública en poder de la CNDH, El acceso a la información en la CNDH; Alexander Ruiz Euler Coord. Transparencia y Rendición de Cuentas, Distribuciones Fontamara S.A. 2006 PULIDO, MIGUEL ANGEL, Una aproximación a la información pública en poder de la CNDH, El acceso a la información en la CNDH; Alexander Ruiz Euler Coord. Transparencia y Rendición de Cuentas, Distribuciones Fontamara S.A. 2006, pág. 109.

- instituciones obligadas en virtud del derecho,
- procedimientos para acceder a información pública,
- información que debe estar publicada activamente, y
- categorías de información exceptuadas de publicidad.

Desde una perspectiva internacional, la mayor facilidad para disponer de información y la transparencia de las instituciones, “[...] *se celebra de diversas maneras para promover la confianza pública y el compromiso y participación de los grupos de interés, mejorar el diseño de los proyectos, mejorar la gobernanza y la supervisión de los proyectos cuando se encuentra en progreso, contribuir a los resultados más fuertes y la eficacia del desarrollo, y mejorar la retroalimentación que podrían beneficiar a futuro proyectos*”¹⁹⁹.

Algunas características mínimas, del derecho de acceso a la información pública, desde la perspectiva de México, que supone entregar al ciudadano lo que necesita y atravesada por la interacción expresa entre el ciudadano y el órgano obligado son, para Ángel Pulido²⁰⁰, las siguientes:

- se trata de un derecho fundamental, consagrado en declaraciones, convenciones y pactos internacionales,
- puede ser ejercido por cualquier persona sin importar la naturaleza o situación o intenciones de quien la requiere,
- las entidades públicas se encuentran obligadas a la entrega de información,
- deben establecerse métodos sencillos para la solicitud y entrega de la información que privilegien al solicitante,
- con mínimos costes,
- con mínimas excepciones establecidas en las normas,

¹⁹⁹ DONALDSON, Megan AND KINGSBURY Benedict; “The Adoption of Transparency Policies in Global Governance Institutions: Justifications, Effects, and Implications”; Annual Review of Law and Social Science, Vol. 9: 119 -147 (Volume publication date November 2013) pág. 132 (traducción propia).

²⁰⁰ PULIDO, Miguel Angel; Una aproximación a la información pública en poder de la CNDH, El acceso a la información en la CNDH; Alexander Ruiz Euler Coord. Transparencia y Rendición de Cuentas, Distribuciones Fontamara S.A. 2006, pág. 112.

- deben establecerse plazos breves y razonables para que sea una entrega oportuna,
- deben asimismo, fijarse sanciones para los funcionarios que incumplan la obligación de entrega.

Principios Rectores del derecho de acceso a información y sus consecuencias²⁰¹:

- Principio de máxima divulgación.
- Primera consecuencia del principio de máxima divulgación: el derecho de acceso a la información es la regla y el secreto la excepción.
- Segunda consecuencia del principio de máxima divulgación: la carga probatoria en caso de establecer limitaciones al derecho de acceso a la información corresponde al Estado.
- Tercera consecuencia del principio de máxima divulgación: la preeminencia del derecho de acceso a la información en caso de conflictos de normas o de falta de regulación.
- Principio de buena fe.

El sistema de protección de los derechos humanos, en su vertiente regional de la Corte Interamericana ha tenido un rol destacado en la identificación del derecho al acceso como un elemento central en la protección de los demás derechos. Los casos como Reyes Claude y el caso Gomes Lund y otros (Guerilha do Araguaia) vs. Brasil - 2010 han dado luces muy clarificadoras.

En el caso relativo a la Guerilha do Araguaia, el Estado de Brasil adoptó medias legislativas y administrativas para restringir indebidamente el derecho de acceso a la información por parte de los familiares de las víctimas y la impunidad de los responsables de los delitos, la falta de acceso a la justicia a la verdad y a la información, todo ello está vinculado para la Corte como un mismo contexto de privación de derechos esenciales y afectó a la integridad personal de las familias de las víctimas. *“Este caso es un ejemplo de la utilización instrumental del derecho de acceso a la información*

²⁰¹ OEA, el derecho de acceso a la información pública en las américas estándares interamericanos y comparación de marcos legales, comisión interamericana de derechos humanos; OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.7/12 30 diciembre 2011
<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Américas%202012%2005%2015.pdf>

*pública para la garantía de otros derechos, en particular, el derechos a la verdad, y acceso a la justicia de los familiares del as víctimas de graves violaciones de derechos humanos*²⁰²”.

El fallo resalta que la Asamblea General de la OEA, en varios casos, que se considera que “[...] *el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información*”²⁰³.

El que se consideren razones de seguridad del Estado para restringir el acceso de información, cuando se trate de violación de derechos esenciales, en medio de un proceso judicial, los principios de máxima divulgación deben regir en casos de este tipo y no una reserva que parece totalmente injustificada, más aún cuando parece tratarse de maniobras que buscan la impunidad o la protección de los involucrados. Debe por lo tanto, evitarse toda acción arbitraria y parcial de las autoridades que pueda impedir o retrasar la justicia.

El caso Reyes Claude, fue de especial interés para Chile y generó, asimismo, un precedente muy importante, ya que se fundamentó en un caso en que un funcionario público denegó información solicitada por una ONG, que estaba interesada en la fundamentación de aprobación de un proyecto forestal sobre un bosque nativo lo que para este grupo era inaceptable y requería conocerse sus consideraciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estimó que se habían violado los compromisos internacionales asumidos por el Estado de Chile, suscritos en la Convención Americana (art 13°), en relación con los artículos 1.1 y 1.2 de la misma convención, respecto de la libertad de pensamiento y de expresión, ya que “[l]a importancia de *“la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”* como componentes fundamentales del ejercicio de la democracia. Asimismo, en su artículo 6° la Carta afirma que “[l]a participación de la

²⁰² GONZÁLEZ Marianne Y NASH, Claudio Eds. Transparencia y lucha contra la corrupción y el sistema interamericano de derechos humanos; Informe de la tercera reunión regional de especialistas 7 y 8 de noviembre de 2011. Facultad de derecho U de Chile. pág. 98.

²⁰³ Para 198 GOMES LUND Y OTROS (Guerilha do Araguaia) vs. Brasil -2010 Corte Interamericana de Justicia

ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo [...] es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia”, por lo que invita a los Estados Parte a “[p]romover y fomentar diversas formas de participación [ciudadana]”²⁰⁴.

Y, también se habían violado el artículo 23 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 (derechos políticos), *“[...] la negativa injustificada a entregar la información solicitada representa una clara infracción al derecho de participación política, al inhibir la participación de las presuntas víctimas en el debate público respecto de un aspecto relevante y de interés para la ciudadanía de la inversión extranjera orientada a la explotación de los recursos naturales del país, cual es el conocimiento de inversionista, su idoneidad y seriedad”²⁰⁵.*

Y vulneró el derecho a la participación directa en los asuntos públicos, ya que para la Corte *“es imprescindible que los ciudadanos puedan ejercer también el 106. Convención Americana, el derecho a acceder a la información pública, ya que estos dos derechos “confluyen, legitiman y sustentan el derecho al control social”²⁰⁶.*

Al mismo tiempo, en su fundamento la CIDH, estimó que se habían violado por parte del Estado de Chile los artículos 8.º y 25.º de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de ésta convención (garantías judiciales y de protección judicial).

Obligaciones del Estado:

- Obligación de responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes que sean formuladas.
- Obligación de contar con un recurso administrativo que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información.
- Obligación de contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de información.
- Obligación de transparencia activa.
- Obligación de producir o capturar información.
- Obligación de generar una cultura de transparencia.

²⁰⁴

Para

79

CASO

REYES

CLAUDE

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

²⁰⁵ Para 105 letra b.

²⁰⁶ Párrafo 105 letra a.

- Obligación de implementación adecuada.

3.4 Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile

a) Jurisprudencia constitucional: STC 634-2006, A11-09.

Ante el requerimiento de un periodista, René Francisco González Romero, al Ministerio Secretaría General Ministerial sobre el listado de las auditorías realizadas por la unidad de auditoría interna entre el año 2008 y principios del 2009, solicitando copia de las mismas, requerimiento que fuera denegado por considerarse por el requerido que afectaría el cumplimiento de las funciones de la Subsecretaría, ello fundado en que trataría de herramientas de control de gestión; el carácter reservado garantizaría que se permita corregir las situaciones que lo requieran y su difusión provocaría un daño considerado como irreversible al instrumento de gestión. Entre los fundamentos para desechar los argumentos de denegación de entrega de la información, se citó la sentencia del Tribunal Constitucional de agosto de 2007²⁰⁷, en este considerando se hizo ver la condición de un derecho reconocido en la Constitución: “[...] acorde a la naturaleza de derecho reconocido por la Constitución que tiene el acceso a la información pública, aunque lo sea de forma implícita, la propia Carta Fundamental ha reservado a la ley y, específicamente, a una ley de quórum calificado, el establecimiento de las causales de secreto o de reserva que, haciendo excepción a la vigencia irrestricta del principio de publicidad en la actuación de los órganos del Estado, permiten limitarlo vedando, consecuentemente, el acceso de información requerida (considerando 10.º)”.

La argumentación citada, se reafirmaría por sendas convenciones internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, la que por interpretación del artículo 5.º, reformado en 2005, incorporaría una mayor jerarquía que otros acuerdos internacionales que no fueren de naturaleza de DDHH y del mismo modo limitaría el ejercicio de la soberanía y tendría una jerarquía mayor que otras normas internas, hecho que en todo caso, es debatido por la doctrina ya que no todos admiten la tesis del bloque constitucional de estos tratados internacionales.

²⁰⁷ STC 634-2006, del 9 de agosto de 2007 sobre el amparo A11-09, respecto de la decisión de amparo A45-09.

La Corte Constitucional, continúa, con la “Declaración de Principios sobre libertad de expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) afirma, en su principio 4, que “*El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos*”. Y como efecto de todo ello, las limitaciones pueden admitirse, pero deben ser de naturaleza excepcional y establecida previamente por medio de una ley y como agrega el informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, debe ser además con objetivos legítimos, necesidad y proporcionalidad²⁰⁸.

b) Jurisprudencia constitucional: STC 1990-2011, A336-09.

En su considerando vigesimoquinto, el Tribunal estima que la Constitución en su artículo 8.º “[...] *no consagra un derecho de acceso a la información* [...], se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 19 N.º 12 de la Constitución”.

La Corte Constitucional, considera que se trata de una garantía republicana democrática, que permite el control de los poderes, obligando a hacerse responsables a las autoridades y dar cuenta de sus actos, al mismo tiempo que los funcionarios respondan de su gestión pública e incentivar, a la par, una mayor participación ciudadana. Con esta perspectiva, parece negarse que se trata de un derecho nuevo que requiere un reconocimiento o consagración particular, ya que se trata de una verdadera garantía de la separación de los poderes del Estado y de la responsabilidad funcionaria y que permite, mediante mejores estándares de la transparencia, que los ciudadanos ganen confianza en la gestión de sus autoridades y se interesen mediante este mayor flujo informativo de participar en la vida política.

Como veremos más adelante, la evolución de los derechos humanos, en especial, de la denominada tercera generación, ha implicado tanto, un importante número de acuerdos internacionales como los DESC (derechos económicos sociales y culturales) y la implementación de éstos, mediante observaciones generales o bien mediante la tendencia seguida por la jurisprudencia de cortes internacionales, que han terminado influyendo en la interpretación de los jueces internos (ver caso Reyes Claude vs. Estado de Chile²⁰⁹).

²⁰⁸ Citado por Amparo A011-09, Considerando N.º 4 letra a.

²⁰⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (acceso 7 de julio de 2015).

Como señala la profesora María Jesús Gallardo, la transparencia es una piedra angular de la protección de los derechos fundamentales y, “[e]n cualquier caso, la transparencia no es sino un arquetipo que delinea el deber ser y el deber actuar de la Administración y que aglutina una serie de instituciones, de mecanismos y de instrumentos, todos imbricados los unos con los otros y todos tendentes a hacer visible el poder administrativo. En definitiva, un proceso complejo en el que se concitan normas, comportamientos, intereses individuales y colectivos, innovaciones tecnológicas y las circunstancias temporales y espaciales.”²¹⁰.

3.5 Transparencia activa

El poner a disposición de los ciudadanos información general, fundamentalmente mediante el uso de las páginas web, anticipando una información inicial, pero relevante, exige calidad del acceso y teniendo presentes algunos criterios significativos de la información pública, tales como de disponibilidad, amigabilidad, comprensión y completitud²¹¹.

La transparencia activa, consiste en la entrega de información sobre la gestión estatal sin que medie requerimiento, sino como una obligación unilateral y en la que debe proveerse determinada información que sirva para la evaluación y comparación preliminar de su actuación, ella comprende, “entre otras, la explicitación de las funciones, actividades, dotación, etc., y debe estructurarse de modo que permita la comparación entre un ejercicio y otro”²¹².

3.6 Transparencia pasiva

²¹⁰ GALLARDO CASTILLO, MARIA JESÚS, Revista Catalana de dret public <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/12/12/transparencia-poder-publico-y-derecho-a-la-informacion-maria-jesus-gallardo/> (acceso 15 de mayo de 2015).

²¹¹ <http://www.consejotransparencia.cl/consejo/site/artic/20130820/asocfile/20130820152206/calidad-del-acceso-a-la-informacion-publica-en-chile.pdf> (acceso 7 de julio de 2015).

²¹² FERREIRO, Alejandro, citado por Sosa, José, “Transparencia y rendición de cuentas, un ensayo introductorio” en Sosa José, compilador “Transparencia y rendición de cuentas”; Siglo XXI Editores, México, 2011, pág. 31.

La transparencia pasiva, implica un paso adicional en las obligaciones del Estado y sus funcionarios, y ya supone una obligación de interactuar y dar respuesta a los requerimientos, en un marco predefinido y en el que se han seleccionado un formato, plazos y efectos de la respuesta, como de la denegación de la entrega total o insuficiente de la información solicitada y, debemos destacar que no se requiere una justificación que pueda ser evaluada o cuestionada respecto del solicitante.

Se trata de una “[...] *obligación a la que debe someterse el Estado para conceder, a los ciudadanos que lo requieran, acceso oportuno a la información que obre en poder de los órganos públicos, salvo que medie razón legalmente establecida e imparcialmente acreditada, para justificar la reserva o secreto de determinado tipo de información (seguridad nacional, derechos de terceros, procedimientos en trámite cuya revelación anticipada perjudique el cumplimiento de una función pública, etc.)*”²¹³.

3.7 El Consejo para la Transparencia

El Consejo para la Transparencia (CPLT), fue creado por la ley 20.285 del año 2008, cuyas normas orgánicas se encuentran en la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Es considerada por Rajevic, como una de las innovaciones centrales de la ley. Entre sus funciones fundamentales están: promover la transparencia de la función pública, fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre transparencia y publicidad de la información de los órganos de la administración del Estado y garantizar el derecho de acceso a la información²¹⁴.

Es una corporación autónoma de derecho público y para Enrique Rajevic²¹⁵, se trataría por su particularidades en cuanto a que puede dictar su propio estatuto, de las entidades autónomas señaladas en el art. 65, inc. 4.º N.º 2 y N.º 3 de la Constitución,

²¹³ FERREIRO, Alejandro, citado por Sosa, José, “Transparencia y rendición de cuentas, un ensayo introductorio” en Sosa José, Op. cit.216, 2011, pág. 31.

²¹⁴ art 32 Ley de Transparencia

²¹⁵ RAJEVIC, Enrique; El Consejo para la Transparencia como “Administración Independiente”. /en/ LETELIER & RAJEVIC (coords.) Transparencia en la Administración Pública pág. 235

y forma parte de la Administración Pública. La estructura fue la opción que se entendió que mejor cumplía con una nueva institucionalidad, que tendría que asumir la tarea, no exenta de dificultades y detractores, de abrir las puertas a la información pública de una manera sin precedentes hasta entonces en Chile y su diseño legal afirma Rajevic “*pretendió explícitamente generar una especie de parcela competencial*”, alejándola de la intervención del ejecutivo y garantizando el mayor acceso posible.

Entre las potestades que se han asignado al Consejo, están las siguientes²¹⁶:

- Potestades normativas de carácter general; dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la administración del Estado²¹⁷.

- Potestades resolutivas en casos singulares; “resolver fundadamente los reclamos por denegación de acceso a la información que le sean formulados de conformidad con esta ley²¹⁸”.

- Potestades fiscalizadoras y sancionatorias²¹⁹; fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley de transparencia y aplicar las sanciones en caso de infracción a esta.

El propio Rajevic, advertía en cuanto a su conformación sui generis en la normativa administrativa y que, al momento de su creación, ya presentaba varios desafíos, sin embargo, valía la pena pagar este precio²²⁰: “*Desafío para la Administración, que deberá destinar recursos para adecuar sus prácticas a un principio que parecía más bien retórico e impulsar programas de capacitación para sus funcionarios, adecuados a la magnitud de esta tarea; para el nuevo CPT, que deberá ser prudente pero firme en el ejercicio de sus potentes atribuciones; para la sociedad civil, que deberá usar responsablemente estos instrumentos; para la academia, que deberá estudiar y debatir en profundidad sobre las bondades y debilidades de la LAIP y la jurisprudencia que sobre ella*

²¹⁶ Rajevic, Enrique; El Consejo para la Transparencia como “Administración Independiente”. /en/ LETELIER & RAJEVIC (coords.) Transparencia en la Administración Pública pág. 240-244

²¹⁷ art 33 d Ley de Transparencia

²¹⁸ art 33 b Ley de Transparencia

²¹⁹ Art 33 Ley de Transparencia.

²²⁰ <http://decive.blogspot.com.es/2008/09/una-nueva-vuelta-de-tuerca-en-materia.html> (acceso marzo 10 de 2015).

recaiga. Cada uno en su rol contribuirá a la construcción de una sociedad más transparente y, por lo mismo, democrática”.

En el caso del sistema que ha optado el derecho de protección de datos en España que fue finalmente aprobado en la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, por medio de la creación de un Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con personalidad jurídica propia y capacidad plena de obrar (autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines) y que se encuentra adscripto al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que sería sólo para efectos organizativos y presupuestarios, aunque pudiera hacer sospechar que al no haber optado por un esquema similar al de Chile, puedan advertirse desconfianzas a una entidad autónoma y se ha preferido mantener a la institución dentro del organigrama y bajo cierta subordinación del ejecutivo. “[...] *habría sido conveniente explicitar que el Presidente del Consejo ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad, y no estará sujeto a instrucción alguna en el desempeño de la Administraciones públicas*”²²¹.

La normativa española es considerada por María Cruz Díaz y Pedro Nevado-Batalla como un movimiento legislativo un tanto tardío, si bien aun antes de su vigencia, España ya contaba con un “*sistema de publicidad y transparencia, con todas sus deficiencias y limitaciones [...], existían mecanismos de transparencia y publicidad de la actividad administrativa que aseguraba y aseguran, ad extra la legalidad y acierto de las decisiones administrativa, y por lo tanto su probidad*”²²².

El Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, será designado por un plazo renovable de 5 años por el Ministro de Hacienda y deberán ser examinados sus antecedentes ante el Congreso de los Diputados, y aprobado por mayoría absoluta de los integrantes de la comisión en un plazo de un mes, una vez asumido, no podrá ser removido de su cargo como si se tratara de un cargo de exclusiva confianza.

Es interesante observar las diferentes opciones entre el sistema chileno y el español, ya que en el caso del primer país, se prefirió una presidencia que fuera rotando

²²¹ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano Y PÉREZ MONGUIÓ, José María; Op. cit. 15, pág. 261.

²²² DÍAZ DÍAZ, María Cruz y NEVADO-BATALLA, Pedro; “Algunas reflexiones sobre las malas prácticas, corrupción y ética del bien común. Una visión desde el derecho administrativo” Revista de Estudios Locales CUNAL N.º 180, 2015, pág. 28.

cada 18 meses, y con cuatro integrantes por lo que le correspondería a cada uno en su término de 4 años ocupar la presidencia de dicho Consejo, con ello, parece buscarse varios objetivos, entre los que destacan:

- despersonalizar el cargo de presidente, con lo que la relevancia la tiene más el órgano colegiado que la persona designada para presidirlo;

- el Presidente designado por el término de 18 meses, tendrá una remuneración mayor, asumirá otras obligaciones de representación de la institución, y además deberá dedicar mayor tiempo, cumpliendo con sus responsabilidades no solo con la asistencia a las reuniones regulares del Consejo, sino que debe prestar una dedicación de al menos media jornada diaria; y

- al hacer rotar a todos los integrantes, se permite variar los énfasis, ya se ha dicho que los integrantes tienen una representación de las principales sensibilidades políticas del país (fundamentalmente los dos grandes bloques de centro derecha y centro izquierda). Todo lo anterior permitiría evitar una manipulación muy evidente de los consejeros según su afinidad o diferencia con el gobierno de turno. Otra cosa diferente, sería la conveniencia de incluir personas que tengan una acreditada experiencia de vida profesional, vinculada con las temáticas y las labores del Consejo.

Desde el inicio de las actividades del Consejo, han ejercido la presidencia en el siguiente orden: Juan Pablo Olmedo (2009-2010); Raúl Urrutia (2010-2011); Alejandro Ferreiro (2011-2013); Vivianne Blanlot (2014-2015).

La opción que eligió el sistema español, por el contrario, tiene una Presidente que dura un período más largo y conlleva naturalmente a un mayor personalismo en la conducción del cargo y en la que el Consejo pareciera tener un rol menos relevante que el del Presidente, en este caso doña Esther Arizmendi.

El Consejo español quedó integrado de manera diferente al caso chileno, por 2 órganos: Comisión de Transparencia²²³ y Buen Gobierno (esta comisión está integrada por: Presidente; un diputado; un Senador; un representante del tribunal de cuentas; un representante del defensor del Pueblo; un representante de la Agencia Española de Protección de datos; un representante de la Secretaría de Estado y Administraciones Públicas; un representante de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal) y el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

²²³ art 36.2 Ley de transparencia España.

La opción de la norma española fue criticada por la sociedad civil y los expertos, el capítulo español de Transparencia Internacional²²⁴, si bien celebró como un avance importante para mejorar la participación ciudadana y la calidad de la democracia, señaló sin embargo que contenía varias falencias, entre las cuales están:

- no se contemplaban un régimen de sanciones a políticos y funcionarios;
- las posibilidades de reservas están remitidas a expresiones muy genéricas que anticipan un mayor sesgo a la opacidad y secreto (intereses económicos, la política económica y monetaria o la protección del medio ambiente);
- las declaraciones patrimoniales de los funcionarios se restringen a los bienes inmuebles;
- critica asimismo, un “notable déficit de independencia”, ya que el presidente del Consejo de transparencia es designado por el gobierno y solo se requiere mayoría simple para su refrendo; no están bien definidas sus competencias; y
- también se critica la extensa y excesiva demora en la entrada en vigencia de la ley de 2 años.

Aunque el sistema elegido por la norma española tiene muchas ventajas y beneficios para la democracia y el fortalecimiento institucional, es un sistema gratuito, ágil y sencillo, las causales de reserva o secreto son aceptables y semejantes a las de otras legislaciones, se establece el compromiso de crear un portal para la transparencia del Estado, tiene sin embargo, algunas críticas, no se incluyen sanciones a los políticos y funcionarios ante su incumplimiento, no está reconocido como un derecho fundamental, como sería sugerencia hacerlo para potenciar sus alcances, los grandes desafíos para esta novedosa legislación, aunque retrasada en el contexto europeo están según Transparencia España²²⁵, en su implementación y que su eficacia depende de un presupuesto acorde con los desafíos, mejorar los sistemas de archivo, y la trazabilidad de los procesos de toma de decisiones, capacitar a los funcionarios que la

²²⁴ Posición y consideraciones de transparencia internacional España sobre la nueva ley de transparencia, Transparency International España.

²²⁵ GARRIGUES, ANTONIO WALKER, LIZCANO ALVAREZ JESÚS, SÁNCHEZ LAMBÁS JESÚS Y VILLORIA MENDIETA MANUEL; Diario El País, 5 de abril de 2012, http://elpais.com/elpais/2012/03/29/opinion/1333034562_798871.html (acceso 19 de abril de 2015)

apliquen en definitiva y formarlos en materia de ética y valores, y mejorar los sistemas tecnológicos que mejoren la comunicación y participación de los ciudadanos.

3.7.1 Historia de la Ley

La Ley chilena ciertamente no es de ninguna manera una de las primeras, ya que desde 1.766 existe una norma en Suecia (Real Ordenanza sobre Libertad de Prensa), que abrió muy tempranamente una tendencia que sería seguida por diversas naciones²²⁶.

El primer antecedente en Chile de una rendición de cuentas pública, está en el Presidente Emiliano Figueroa Larraín, que dio inicio en 1926 a la tradición que, luego fue continuada por todos los Presidentes que le sucedieron, de entregar una rendición de cuentas el día 21 de mayo de cada año.

La preocupación por la probidad surge generalmente cuando aparece una crisis y algún escándalo grave de corrupción en la prensa que compromete el juicio negativo de la opinión pública, por ello, en la administración del Presidente Frei Ruiz Tagle, se crearon instancias y se promovieron nuevas normas que mejorarían a la sazón temas de preocupación contingente, como afirmara Genaro Arriagada “Comisión de Ética Pública” creada por el Presidente Frei y cuyo informe fue dado a conocer en 1994. De ahí salieron muchos de los principios, iniciativas de ley y proyectos que marcaron la agenda por casi 20 años.

Ideas como la incorporación de los principios de transparencia y probidad a la Constitución; el primer proyecto de transparencia; el establecer el tráfico de influencias y el uso indebido de información privilegiada como prohibiciones a los funcionarios

²²⁶ 1951 Finlandia Ley sobre la Naturaleza Pública de los Documentos Oficiales. 1966 EEUU Freedom Information Act. 1978 Francia (Ley N.º 78-753). 1985 Canadá, Access to Information Act. 2000 Reino Unido, Ley de libertad e información. 2005 Alemania, de Acceso a la información de la federación. 1985 Colombia, publicidad de actos y documentos oficiales. 2002 Panamá (Ley N.º 6, de 2002). 2002 México (Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública). 2002 Perú (Ley N.º 27.806). 2004 República Dominicana (Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, N.º 200-04). 2004 Ecuador (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública). 2007 Honduras Decreto N.º 170-2006. 2007 Nicaragua (Ley N.º 621). 2008 Uruguay (Ley N.º 18.381). 2008 Chile (Ley N.º 20.285). 2008 Guatemala (Decreto 57-2008). 2010 El Salvador (Decreto 534). 2011 Brasil (Ley N.º. 5228 o Ley de Acceso a la Información Pública).

públicos; la necesidad de regular y transparentar los conflictos de intereses; la obligatoriedad de la declaración jurada de patrimonio; las limitaciones al post empleo de los funcionarios públicos; la regulación estricta de donativos a autoridades; la severa limitación de los gastos reservados; “Chile Compra”, y varias más.²²⁷ Este ex Ministro y asesor de varias administraciones presidenciales, considera por ello que la crisis del cuestionamiento del financiamiento de la política es una oportunidad que califica como “bendita crisis” [sic].

La historia de la ley de acceso a la información pública nace de una iniciativa (moción parlamentaria) de los Senadores Gazmuri y Larraín el 4 de enero de 2005, según se registra en la historia de la Ley Biblioteca del Congreso²²⁸, aunque no puede dejar de mencionarse un antecedente muy significativo, y se trata de la modificación de la ley de Bases de Administración del Estado Ley 18.575, a la que se le introdujeron conceptos preliminares de probidad pública el 14 de diciembre de 1999, la que fue denominada como Ley de Probidad, en dicha ley modificatoria, se incluyeron principios muy relevantes, tales como: regla general de la publicidad de los actos administrativos; se fijan mecanismos para solicitar información; se indican causales de denegación y la oposición de terceros y se fija un mecanismo judicial de amparo ante la denegación de acceso²²⁹.

Como antecedente a la propuesta, se hizo ver la iniciativa del gobierno del presidente Frei, quien estableció una Comisión de ética pública, la que ya entonces había recomendado la necesidad de mejorar el acceso a la información, mediante una legislación nueva, lo que dio lugar al cambio legislativo del año 1999.

En mayo de 2003, la Ley 19.880, fija las bases de procedimientos administrativos y establece disposiciones respecto de la publicidad y transparencia de los actos administrativos.

La existencia de cambios normativos, dan cuenta de una tendencia del legislador, pero ello no se plasmó en la realidad, ya que se plantearon restricciones prácticas para

²²⁷ ARRIAGADA, Genaro; Diario La Tercera 17 de abril de 2015, <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2015/04/895-625768-9-oportunidad-tras-la-crisis.shtml> (acceso 19 de abril de 2015).

²²⁸ Historia de la Ley N.º 20.285 Sobre acceso a la información pública Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/546/1/HL20286.pdf> (acceso 7 de julio de 2015).

²²⁹ Artículos 11 bis y 11 ter de la Ley 18.575.

que se pudiera acceder a la información solicitada. Se estableció por la vía de decretos²³⁰, la clasificación como secretos o reservados, actos o documentos, lo que implicó restricciones de naturaleza administrativa al acceso de información. En la mayoría de los casos, cada servicio asignaba unilateralmente la condición de reservado o secreto y esa sola calificación permitía denegar su conocimiento a terceros, haciendo en la práctica, irrelevante los cambios legislativos señalados.

El proyecto presentado por los Senadores Larraín y Gazmuri, propone hacer un giro esencial, en el que ahora la regla general es que los actos de la administración son por principio libres de conocimiento. Establece en la normativa el principio de Máxima Divulgación, se trataba de *“salvar las restricciones del acceso a la información pública mediante el establecimiento de una regulación que garantice a todos los ciudadanos el derecho a ejercer efectivamente el acceso”*, esta última expresión, “efectivamente” hace alusión a la necesidad de ajustar una norma a las circunstancias prácticas y proponer una normativa más eficaz, pero además de esto, que fuera más realista, ya que el secreto y la reserva son una constante en la historia del Estado y como se ha dicho tantas veces, no hay mejor desinfectante que la luz del sol, como señaló a principios del siglo XX el Juez de la Corte Suprema de los EEUU, Louis Brandeis.

No se trata de la desconfianza como principio rector, sino que de acercar a la ciudadanía con la administración, que la información pertenece a la sociedad y es ella la que puede establecer, cuando proceda algunas restricciones que sin embargo, no afecten o limiten el derecho en lo fundamental y que el ejercicio práctico no transforme una garantía en una mera declaración o expectativa.

Se reconoce el derecho de los ciudadanos de solicitar información de cualquier órgano del Estado y la posibilidad de formular consultas a las entidades públicas²³¹, nuevo inciso 2.º del art. 13. Se consagra por la vía legal que los actos de la administración son públicos y lo hace extensivo a *“documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, y que haya sido creada u obtenida por ella, o se encuentre en su posesión o bajo su control”*, finalmente, lo hace extensiva a la documentación cuyo financiamiento sea de aporte estatal. Este es

²³⁰ Decreto Supremo N.º 26, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del 28 de enero del 2001. Publicado en el Diario Oficial del 7 de mayo del 2001.

²³¹ Modificaciones al D.F.L. N.º 1, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 2001, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la LOC sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

un paso decisivo e invierte la lógica existente hasta entonces y supone que el Estado deberá repensar la manera de administrar la información.

El proyecto, por otra parte, establece causales de reserva, las que deben ser calificadas así por una ley; ante el riesgo que pueda afectarse la vida privada; se lesionen intereses comerciales o económicos (públicos o privados); pueda afectarse la seguridad nacional o pública²³². Se fijan, del mismo modo, plazos máximos de 20 años para la reserva calificada.

Importante es que se señala que puede existir un conflicto de derechos entre el interés público que promueve la transparencia y el peligro del daño que se quiere evitar.

Se fijan aspectos procedimentales para la presentación e individualización de la solicitud, aspecto que se refieren a la titularidad del ejercicio del derecho de acceso y respecto del que nos referiremos en detalle más adelante. Hasta la fecha, el plazo para mostrar la información solicitada, que ya tenía muchas restricciones, era de 48 horas, lo que a todas luces era impracticable.

Se introducen, en el citado proyecto parlamentario, sanciones ante quienes se encuentren bajos las obligaciones funcionarias y obstruyen o impidan el acceso a la información. Se establecen categorías de infracciones leves, graves y muy graves. Se trata en todo caso, de sanciones administrativas y éstas serán sin perjuicio de otras sanciones de carácter general.

En el debate parlamentario que surgió con la propuesta, participaron varias entidades de la sociedad civil, en particular un consorcio en la promoción de la información pública, que lo integraron Participa, Capítulo chileno de Transparencia Internacional²³³, ProAcceso²³⁴ y la Open Society²³⁵.

El proyecto, en definitiva, pretendió mejorar la situación normativa existente que a la sazón era muy restrictiva y limitada, reducir las causales que impedían el acceso que más que una regla parecían la excepción y la creación de una institucionalidad y una entidad semejante a las del derecho comparado que ejerciera una tutela con la

²³² Artículo 13 incisos 11 y 12 Ley 18575 ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado.

²³³ <http://www.chiletransparente.cl/> (acceso 21 de julio de 2015).

²³⁴ <http://proacceso.cl/> (acceso 21 de julio de 2015).

²³⁵ <https://www.opensocietyfoundations.org/> (acceso 21 de julio de 2015).

debida autonomía de la administración del Estado, la que naturalmente pretendería mantener bajo su control qué mostrar y qué no.

No debe dejarse de mencionar, que el proyecto representaba una posición ampliada de senadores de las dos principales coaliciones políticas a la fecha, uno de ellos Presidente y el otro Vicepresidente de la Cámara, aspecto que permite afirmar que existía un relativo consenso de la necesidad de implementar esta mejora legislativa. A mayor abundamiento, en la historia de la ley, aparecen solo comentarios de elogios y apoyo a la moción y la necesidad de evitar que la reforma del año 1999 de probidad administrativa no quede en un texto sin vida práctica. El Ministro Secretario General de la Presidencia de la época Sr. Dockendorff, expresó su satisfacción al aporte al proceso de modernización del Estado, las expresiones de interés y apoyo del ejecutivo son de mucha relevancia en el caso chileno, ya que se trata de un régimen marcadamente presidencialista y en el que la Constitución Política le entrega facultades de co-legislador y que, mediante el sistema de las urgencias, puede acelerar o dilatar enormemente un proyecto de ley durante su tramitación.

Hubo, eso sí, algunas aprensiones de un mal uso de la facultad ciudadana de parte del Senador Martínez, y propuestas de ampliar el derecho a las empresas privadas que presten servicios de interés y utilidad pública, las empresas concesionarias de servicios públicos y las corporaciones y empresas en las que el Estado tenga participación (propuesta de Senador Núñez). En todo caso, el proyecto se aprobó en general por la unanimidad de los senadores (35 votos).

En el desarrollo de la discusión se incorporaron varias indicaciones, una de ellas, que ampliaba el conocimiento también a los documentos que han servido de antecedentes para la toma de decisiones del acto de la administración (Senadores Parra y Silva) y otra de hacer extensiva las obligaciones al Congreso Nacional y a los tribunales de justicia.

Del mismo modo, se incluyen indicaciones que hicieron extensiva la transparencia activa para entidades del Estado desconcentradas como CODELCO, Televisión Nacional y el Banco del Estado, no restringido a aspectos de remuneración, sino su estructura, resultados, contrataciones, trámites y requisitos para acceder a sus servicios y otra que propone la publicidad de las actas de directorio de varias empresas públicas, salvo que por acuerdo de $\frac{3}{4}$ partes de su directorio se opongan a ello.

El proyecto en su primer trámite legislativo tuvo urgencia simple, esto revela que aunque existía apoyo, no era una prioridad del gobierno del Presidente Lagos.

Dentro de los temas que implicaron un debate, fue la inclusión genérica del Poder Judicial, entidad que históricamente ha sido celosa de su territorio jurisdiccional y de no perder su independencia respecto de los demás poderes del Estado. Se planteó la conveniencia (Senador Zaldívar) de precisar conceptos como la palabras que incluyó el artículo 8° de la Constitución Política, y que supuso una reforma constitucional, de “actos y resoluciones de los órganos del Estado”, que debido a lo genérico de las expresiones podía terminar en una inoperancia si quedaba demasiado abierto a la interpretación del funcionario²³⁶, Zaldívar planteó la conveniencia de mantener sólo la expresión “las resoluciones” y no los actos que tenía para él una connotación muy amplia y equívoca o bien añadir “actos administrativos”, para una mejor delimitación.

El ejecutivo planteó una mejora sustantiva al proyecto, la creación de una entidad que se encargara de la supervigilancia del cumplimiento de la ley, cosa que no podía incluir el proyecto en su origen en el Senado, porque ello suponía recursos del Estado, y ello está restringido exclusivamente a iniciativa del Ejecutivo, según lo establece la propia Constitución.

El debate se extendió más en este punto, y el Senador Larraín²³⁷, planteó que era innecesario y que ya se estaba repitiendo el texto que estaba incluido en la reciente modificación de la Constitución y a mayor abundamiento, se trataba de un concepto definido en la ley “*decisiones formales que emitan órganos administrativos del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública*”²³⁸.

En segundo trámite legislativo, en la Comisión de Constitución, se formularon modificaciones y en el artículo 3.º se agrega a la ley orgánica del Congreso Nacional,

²³⁶ Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública Biblioteca del Congreso Nacional pág. 113.

<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/546/1/HL20286.pdf> (acceso 7 de julio de 2015)

²³⁷ Historia de la Ley N.º 20.285 Sobre acceso a la información pública Biblioteca del Congreso Nacional pág. 124.
<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/546/1/HL20286.pdf> (acceso 7 de julio de 2015).

²³⁸ Art. 3.º Ley 19.880.

señalando que únicamente podrán tener carácter de secretas las sesiones que se refieran a la conducción de las relaciones políticas con potencias extranjeras y organismos internacionales, las negociaciones y su conclusión de tratados hasta su ratificación, si lo solicita el Presidente de la República o bien se trate de circunstancias que puedan afectar el cumplimiento de los órganos del Estado, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional y las que estén vinculadas con la nacionalidad²³⁹.

La Corte Suprema, expresó en un oficio N.º 29 de 2007, su conformidad con el proyecto de ley de transparencia, con muy pocas observaciones y que remitió al Congreso Nacional, a saber, la necesidad de creación de tribunales contencioso administrativo, lo que implica un viejo anhelo de sustraer de la justicia ordinaria civil materias que son propias de tribunales especializados en lo contencioso administrativo y, además, que fueran susceptibles de reclamo las multas aplicadas que se establecieron como sanción, en sede de la Corte de Apelaciones respectiva. Las observaciones de la Corte Suprema, sin duda, parecen prudentes y atendibles en la especie.

El proyecto fue reactivado en su tramitación, dándosele mayor celeridad y se le asignó suma urgencia, debido al resultado de un fallo adverso para el Estado de Chile (Reyes Claude y otros vs Chile²⁴⁰ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y debido a que el gobierno de la Presidenta Bachelet lo estimó como parte de su agenda política y de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Chilena para la Probidad y la Transparencia, que asumió su seguimiento a cargo de Rafael Blanco.

El ámbito de aplicación del proyecto que se propuso y, que en definitiva, fue aprobado de esta manera, implicó una mirada restringida del acceso a la información pública, toda vez que se hizo aplicable únicamente al gobierno central de la administración del Estado y dejando excluidos a entidades muy relevantes, aunque ya

²³⁹ Historia de la Ley N.º 20.285 Sobre acceso a la información pública Biblioteca del Congreso Nacional pág. 162
<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/546/1/HL20286.pdf> (acceso 7 de julio de 2015).

²⁴⁰ Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, serie C 151 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (acceso 7 de julio de 2015).

la legislación comparada de entonces, había incorporado y que el tiempo incluiría con el denominado *Open*²⁴¹ *Government Initiative*²⁴².

El proyecto no incluyó a entidades judiciales (Poder Judicial, Fiscalía Nacional, Tribunal Constitucional, Justicia Electoral, Consejo de Seguridad Nacional, empresas públicas), ello en todo caso, fue planteado en su oportunidad por la ONG Pro Acceso.

La Cámara de Diputados, en el segundo trámite legislativo incorporó el concepto de transparencia activa, que no estaba presente en el proyecto original.

La iniciativa del Gobierno Abierto (*Open Government*) es una iniciativa multilateral, que cuenta con 63 integrantes, cuyo objetivo es “*promover la transparencia, empoderar a los ciudadanos, combatir la corrupción y aprovechar las nuevas iniciativas para fortalecer la gobernanza*”. La implementación dentro de esta iniciativa, de un Parlamento abierto, implica una “*acción conjunta con otros agentes sociales y públicos, de manera de asegurar el cumplimiento de los propósitos tanto a nivel interno como del país.*”²⁴³

Para el Senador Larraín, debe integrarse a la sociedad civil que busca objetivos similares y convergentes y deben proyectarse todos los esfuerzos coordinados en una mirada integradora internacional y “*fomentar estructuras, redes y acciones internacionales, de rango parlamentario que permitan avanzar en paralelo*”.

El Banco Central fue excluido durante la tramitación de la ley de acceso, pero se incluyó una modificación legal particular y aplicable a su ley orgánica constitucional del Banco Central, mediante la cual, se le hace aplicable mediante un artículo 65 bis, por ello se encuentra regido por el principio de la transparencia en el ejercicio de la función pública, del artículo 8° de la Constitución Política, así como los artículos 3 y 4 de la ley de transparencia de la función pública y acceso a la información de la administración del Estado. Se excluyen, sin embargo, determinados títulos de la ley del Banco Central a las que no serían exigibles los mismos estándares de transparencia genéricos, en función de la información sensible que maneja el Consejo del Banco

²⁴¹ LARROULET, Cristian; Un amplio esfuerzo en pos de la Transparencia en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 55

²⁴² <http://opengovernmentinitiative.org/> (acceso 7 de julio de 2015)

²⁴³ LARRAÍN, Hernán; Una Agenda para el Parlamento Abierto; en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8, pág. 76

Central (Títulos II, III y IV con algunas contra excepciones), del mismo modo, se establece un quórum alto de 4/5 para la preservación de documentos.

En la discusión en sala en la Cámara de Diputados el debate fue mucho más acotado y solo dio lugar a pequeños comentarios y la mayoría de éstos, fueron para celebrar y apoyar el proyecto que finalmente contó con la unanimidad de los 112 miembros presentes. En las votaciones particulares hubo mayor división, aunque la mayoría de las indicaciones de textos propuestos fueron aprobadas por una importante mayoría.

En Julio de 2007, el Senado rechazó las indicaciones incorporadas por la cámara de Diputados, lo que da lugar a la formación de una comisión mixta de ambas cámaras.

El 14 de enero de 2008, la comisión mixta dio a conocer el resultado con las propuestas consensuadas por los parlamentarios de ambas corporaciones.

El informe de la comisión mixta, implicó un arduo y eficaz trabajo con importantes mejoras con acuerdo de los integrantes y que fue presentado al Senado y la Cámara de Diputados y ambas separadamente lo aprobaron al inicio del año 2008.

Fue de especial sensibilidad en la discusión, el hecho que en 3 instituciones públicas, Televisión Nacional, Banco del Estado y Codelco, se afirmó que no se conocía entonces las remuneraciones de los directivos ni los contratos más relevantes, situación que según afirmaban varios parlamentarios daba lugar a situaciones muy graves y de manejo de fondos sin la probidad necesaria (Senadores Matthei y Prokurica), asimismo, se indicó que las reservas del Banco Central son depositadas en bancos extranjeros que no son conocidos por los ciudadanos²⁴⁴, lo que dado los altos montos (cerca de 50.000 millones de dólares a la sazón), requieren de un adecuado seguimiento y control.

Es pertinente tener presente que el principio de Máxima Divulgación, lo precisa la CIDH en el caso Reyes Claude²⁴⁵, al señalar, que “*las restricciones deben ser aquellas necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer*

²⁴⁴ Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública Biblioteca del Congreso Nacional pág. 382
<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/546/1/HL20286.pdf> (acceso 7 de julio de 2015).

²⁴⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (Acceso 7 de julio de 2015)

un interés público imperativo [...]”, si hay que elegir entre varias opciones, “*debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el efectivo ejercicio del derecho*”.

El proyecto, no acogió la solicitud de Pro Acceso, de reconocer la naturaleza de derecho fundamental, como se había planteado en su oportunidad.

El 11 de marzo de 2008, se envió el proyecto para conocimiento del Tribunal Constitucional, el que hizo observaciones formales respecto de varios artículos, en todo caso para efectos de nuestra investigación nos importa lo que se señaló en cuanto al Banco Central, a este respecto el Tribunal Constitucional declaró, su resolución del 10 de julio de 2008, inconstitucional las normas relativas a la autonomía del órgano, que se encuentra garantizada en la Constitución en su artículo 108, ya que al usar la expresión adoptar las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia⁽²⁴⁶⁾, entiende el Tribunal Constitucional que la interpretación de la norma hace implícito que una entidad autónoma con rango constitucional tendría que “acatar las normas generales que dicte en la materia un órgano que forma parte de la Administración del Estado”, ello a diferencia del trato que hace de otras instituciones como la Contraloría General de la República, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales, el Ministerio Público o el Tribunal Constitucional, los que deben “considerar”, este trato diferenciado, permite entender que se trata de una disposición que atenta contra la autonomía del Banco Central²⁴⁷.

Se publicó, finalmente la ley 20.285 el 20 de agosto de 2008 en el Diario Oficial, con lo cual se dio término definitivo al proceso de formación de la ley y se cumplió con el trámite de publicidad. La ley estableció un período de implementación bastante breve de 6 meses para su entrada en vigencia.

²⁴⁶ Rol 1051-08-CPR. diez de julio de dos mil ocho, Considerando Quincuagésimo segundo, http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/constitucion-y-leyes/control_de_constitucionalidad_de_la_ley.pdf (acceso 7 de julio de 2015)

²⁴⁷ Historia de la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública Biblioteca del Congreso Nacional pág. 567 y 568 <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/546/1/HL20286.pdf> (acceso 7 de julio de 2015)

Luego de varios años de implementación se han hecho evidentes mejoras normativas que se ajustan a los desafíos que fueron apareciendo en su aplicación práctica, los que son identificados por quien fuera Ministro Secretario General de la Presidencia Cristián Larroulet²⁴⁸, tales como: la ampliación del ámbito de aplicación de la ley de transparencia, de modo de hacerlo extensiva las corporaciones y fundaciones municipales, precisar el concepto de información pública, estableciendo que la información que no es elaborada con financiamiento público y obra en poder de un órgano público, tendrá la condición de ser pública, solo cuando haya sido entregada a la administración del Estado en virtud de un mandato legal o a requerimiento de dichos órganos en el ejercicio de su competencia (como fue el caso de la Fundación Futuro que se comenta en este trabajo); se establece la obligación de los órganos de la administración de conservar y archivar adecuadamente la información pública, regulándose la forma y condiciones en las que se podrá eliminar la información archivada mediante protocolos claros; se aumentan las obligaciones de transparencia activa, agregándose las remuneraciones del personal que se encuentra contratado bajo el código del trabajo (contratos privados) y cargos de elección popular u otros mecanismos de designación; declaraciones de intereses y patrimoniales; el índice actualizado de los actos y documentos declarados como secretos o reservados; aplicación de la ley de protección de datos, entregándoles protección especial a la información que sea de carácter personal y siendo esa persona la que puede decidir su entrega; se crean dos nuevos recursos que se pueden presentar ante el Consejo para la Transparencia (recurso de reposición ante el propio Consejo y recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia ante la Corte Suprema).

Se trata de temas que resuelven problemas muy concretos y que han surgido a la luz de la aplicación de recursos y conocimiento de casos y que requieren una precisión, que forma parte natural del desarrollo de un área nueva de derechos cuya delimitación no siempre es clara y donde existen posturas a veces muy opuestas respecto de la transparencia como un derecho fundamental, al que prácticamente no se pueden poner límites.

Uno de los desafíos más evidentes luego de más de cinco años de aplicación de la ley de transparencia es el bajo nivel de conocimiento que tiene la ciudadanía respecto

²⁴⁸ LARROULET, Cristian; Un amplio esfuerzo en pos de la Transparencia en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 61

de la existencia de una ley y los mecanismos existentes para su apropiado uso, “*es poca la población que identifica que exista un órgano garante [22,4%] y de entre ellos que declaran que sí la conocen, no identifican al Consejo para la Transparencia [11,4%], sino que mayoritariamente al SERNAC*”²⁴⁹.²⁵⁰

Puede ser una diferencia de destacar, el hecho que el énfasis de la ley 20.285 de Chile, se diferencia en uno de los propósitos macros que busca la normativa española similar, aunque posterior en el tiempo, el caso es que la ley chilena no se ha fijado como uno de sus objetivos explícitos el buen gobierno y la probidad, sino una mirada más accesoria y aunque entendida en un mismo contexto, se atribuye una tarea más restrictiva, “*la transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado*”.

La legislación española otorga rango de ley a los principios éticos y de actuación y agrega en su articulado²⁵¹ los principios del buen gobierno.

Se les requiere a los funcionarios que están afectos a la aplicación de la ley, además del respeto de la Constitución, el ordenamiento jurídico y deben promover el respeto a los derechos humanos y las libertades públicas. Asimismo, se incluyen expresamente 7 principios generales y 9 de actuación:

Principios generales²⁵²:

- actuarán con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y con el objetivo de satisfacer el interés general²⁵³;

- ejercerán sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios²⁵⁴;

²⁴⁹ JARAQUEMADA, Jorge; Desafíos Pendientes en materia de Transparencia en Chile: la visión del Consejo para la Transparencia; en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 83.

²⁵⁰ Servicio Nacional del Consumidor.

²⁵¹ Art 26 Ley de Transparencia de España.

²⁵² FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano Y PÉREZ MONGUIÓ, José María; Op. cit. 15, pág. 321 a 326.

²⁵³ Art 26.2.a).1.º.

²⁵⁴ Art 26.2.a).2.º.

- respetarán el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular²⁵⁵;

- asegurarán un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones²⁵⁶;

- actuarán con la debida diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos²⁵⁷;

- mantendrán una conducta digna y tratarán a los ciudadanos con esmerada corrección²⁵⁸; y

- asumirán la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueren exigibles legalmente²⁵⁹.

Asimismo, se incluyen en la ley principios de actuación explícitos:

desempeñarán su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias²⁶⁰;

- guardarán la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de su cargo²⁶¹;

- pondrán en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento²⁶²;

- ejercerán los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones²⁶³;

²⁵⁵ Art 26.2.a).3.º.

²⁵⁶ Art 26.2.a).4.º.

²⁵⁷ Art 26.2.a).5.º.

²⁵⁸ Art 26.2.a).6.º.

²⁵⁹ Art 26.2.a).7.º.

²⁶⁰ Art 26.2.b).1.º.

²⁶¹ Art 26.2.b).2.º.

²⁶² Art 26.2.b).3.º.

²⁶³ Art 26.2.b).4.º.

- no se implicarán en actuaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad²⁶⁴;

- no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, no favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente²⁶⁵;

- desempeñarán sus funciones con transparencia²⁶⁶;

- gestionarán, protegerán y conservarán adecuadamente los recursos públicos que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas para la normativa que sea de aplicación²⁶⁷; y

no se valdrán de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales²⁶⁸.

Nos parece interesante esta diferencia de objetivos y de principios, aunque se trata en ambos casos de leyes especiales y donde existen normativas generales como la ley de Bases de la Administración en el caso de Chile, pero no debería dejarse de aclarar la necesidad de incluir un contexto ético y de principios en una normativa que está destinada a mejorar los estándares de probidad del cumplimiento de las funciones de los funcionarios. Cuando al mismo tiempo, no puede dejarse de advertir que las declaraciones existentes en muchas leyes, de principios que son comprendidos por todos y que no deberían tener que hacerse ver cada vez, por ello vayan a ser objeto de mayor observancia de los funcionarios, sin embargo, bien es deseable que exista una visión integral de la persona humana y de la importancia y del valor que realizan los funcionarios públicos que eleve no solo su importancia en la sociedad, sino que también se ganen el reconocimiento de sus conciudadanos por su rol, su aporte y su corrección.

²⁶⁴ art 26.2.b).5.º

²⁶⁵ art 26.2.b).6.º

²⁶⁶ art 26.2.b).7.º

²⁶⁷ art 26.2.b).8.º

²⁶⁸ art 26.2.b).9.º

3.8 Límites del acceso a la información pública

Delimitar la transparencia puede considerarse un contrasentido, en cuanto a una pretensión de ponerle límites a la libertad de expresión parece un absurdo, los hechos que despertaron a la sociedad francesa en enero de 2015 con los terribles atentados al medio de prensa de humor político Charlie Hebdo, invitan a reflexionar.

¿Puede la transparencia ser causal o generar un efecto negativo?

La transparencia como un mero fin puede terminar favoreciendo más que la confianza de la ciudadanía, el opuesto, *“el imperativo de transparencia sirve para descubrir a los políticos, para desenmascararlos o para escandalizar”*²⁶⁹, si la transparencia nos transforma en espectadores pasivos y basados en la desconfianza, el que accede a todo y puede ver todo, no necesita confiar, solo requiere ver, insiste Byung Chul Han *“[d]onde rige la transparencia, no hay lugar para la confianza”*.

Entonces, delimitar la transparencia debe tener una doble perspectiva, cuánto límite de acceso debe imponerse como exigencia a la publicidad de la información pública, las causales de reserva por causa del interés y seguridad de la nación, como reza el texto de la ley chilena, las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información²⁷⁰. Y entonces los matices de tales limitaciones se refieren a aspectos de “perjuicio”, “desmedro” o bien que “afecte los derechos”. La pregunta de la limitación o delimitación de la transparencia, también debe buscarse en hasta dónde está cubierta la necesidad de conocer, de saciar las ansias de saberlo todo, de la pretensión que nos den a conocer todo o no podremos confiar.

Veremos en el futuro que esta pregunta se extenderá en ambos sentidos, la sociedad donde cada vez hay más información, pero no necesariamente mayor confianza, sino al contrario, este BigBang²⁷¹ de los datos y de las bases de datos que nos llenan un vacío ciudadano y que tiene mucho que repensar.

²⁶⁹ HAN, BYUNG-CHUL; Diario El País 22 de marzo de 2014, http://cultura.elpais.com/cultura/2014/03/18/actualidad/1395166957_655811.html (acceso enero 2015).

²⁷⁰ Ley 20.285 art 21.

²⁷¹ <http://bigbangdata.cccb.org/es/> (acceso enero 2015).

En el contexto de la propia constitución política que fue modificada²⁷² y se le incorporó un nuevo principio de probidad administrativa de los funcionarios públicos. El objetivo primario es la publicidad de los actos de la administración, así como de los procedimientos que se empleen, limitando solo la denegación de la entrega. *“Sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*²⁷³.

Son dos las causales que deben ser calificadas mediante una ley de alto quórum (mayoría absoluta de senadores y diputados en ejercicio), tanto para los actos o para las resoluciones: a) afecte el ejercicio de las funciones de los órganos o b) lo derechos de las personas o el interés o seguridad nacionales.

Estas causales de delimitación tuvieron como antecedente normativo, la modificación realizada a proposición de los senadores Larraín y Gazmuri, que en 1999, lograron modificar a ley de bases de la administración del Estado, incorporando un artículo 11 bis²⁷⁴, la que incluyó como causales únicas, de reserva o secreto mediante disposiciones legales o reglamentarias *“que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido”*.

Exigía la normativa de esta modificación una acción de rechazo, mediante *“la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos”*, ello delegado a un reglamento la calificación de reserva o secreto de documentos y antecedentes.

O bien mediante la calificación de los posibles efectos de la entrega de la información; *“que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas”*, dicha calificación debía estar fundada y por el jefe superior del órgano requerido, y finalmente, *“el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.

Llama la atención algunos elementos algo ambiguos, como calificar que de afectar “sensiblemente”, elemento muy equívoco y difícil de determinar en cada caso, ya que la persona afectada puede considerar de diversa manera esto, así como que sea

²⁷² Artículo incorporado por el artículo 1.º, N.º 3, de la Ley de Reforma Constitucional N.º 20.050.

²⁷³ Art 8.º inciso 2.º.

²⁷⁴ Ley 19.653 Art. 1º N° 7 Diario Oficial de fecha 14.12.1999.

el jefe del órgano quien debe definir esto.

Causales de limitación que establece la Ley 20.285²⁷⁵:

- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano.

- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente, si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

- Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial, si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

- Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8.º de la Constitución Política.

3.9 Proceso paralelo en varios países, con distintos énfasis y matices

En nuestra sociedad actual, la relación entre el mercado y el poder político tiene implicancias de un entrelazamiento peligroso y en los que las leyes del lobby y financiamiento de los partidos políticos exigen una actualización y perfeccionamiento, Felipe González del PSOE en España y la propia Esperanza Aguirre del partido opuesto el PP, estaban de acuerdo en ello, al señalar en enero de 2015 que, *“la corrupción en España se ha convertido en algo absolutamente agobiante”*.

¿Cuál debería ser el rol que debe jugar la transparencia en la actual democracia, tan presionada por intereses económicos?

O bien puede plantearse una pregunta incluso anterior, si de verdad ¿cumple un rol, en sí mismo la transparencia? Y de ser así, si no debería promovérsela de un modo casi absoluto, limitado sólo por causales mínimas. En caso contrario, si la transparencia

²⁷⁵ Ley 20.285 art 21.

juega un rol en el acceso del ejercicio de otros derechos, ¿no debería acaso demostrarse una causalidad o fundamentarse la motivación de quien invoca este derecho accesorio?

El principio de transparencia en España está en el Acuerdo del Consejo de Ministros de febrero de 2015, en el que se aprueba Código de Buen Gobierno de miembros y altos cargos de la Administración General de Estado.

Se trata de un principio, como afirman Fernández y Pérez²⁷⁶, complejo de concretar, por su amplitud y también por ser difuso y que debe entenderse, referido a la transparencia en el desempeño de sus funciones que se reserva a las actividades públicas más relevantes, es a la vez, un principio de actuación y un principio general, que incluye también la transparencia patrimonial.

¿Podemos acaso concebir la transparencia como algo separado del proceso de toma de decisiones?

En la etapa actual de la sociedad contemporánea, las exigencias de una democracia líquida, con una demanda creciente por mayor participación y en que, a pesar de contar con mayor información y rendiciones, existe sin embargo, menos confianza en la democracia representativa, pero no debe pensarse empero que la desconfianza es solo hacia el Estado y sus instituciones, también se observa que las críticas van duramente contra el sector privado, sus mecanismos de control ético, que existen en varias cámaras y asociaciones gremiales, que frente a cualquier escándalo, manifiestan estar “muy preocupados” y que “analizarán la situación” (recientes investigaciones en Chile sobre abuso de información privilegiada caso del ejecutivo Juan Bilbao²⁷⁷ o el caso de las Cascadas de Soquimich²⁷⁸), no parecen despertar una preocupación gremial severa, ágil y con la debida firmeza que se requiere ante situaciones de esta gravedad, sino que se realizan escasamente algunas condenas generales y afirmaciones de que se deben tomar algunas acciones y que serán estudiadas, lo que desde luego, termina minando las confianzas del mercado.

Se trata, entonces, al parecer de algo mucho más preocupante, la democracia representativa está afectada por el alejamiento de los partidos políticos respecto de los

²⁷⁶ FERNÁNDEZ R., SEVERIANO Y PÉREZ M., JOSÉ M.; Op. cit. 15, pág. 333 y 334

²⁷⁷ Diario El Mostrador 24 de diciembre de 2014, <http://www.elmostrador.cl/mercados/2014/12/24/la-caida-de-juan-bilbao-de-la-cima-de-wall-street-a-posible-reo/> (acceso 2 de julio de 2015)

²⁷⁸ Diario El Pulso <http://especiales.pulso.cl/cascada/> (acceso 2 de julio de 2015)

ciudadanos, y debe afirmarse, en este sentido, que son los partidos los que se alejaron, los ciudadanos se mantienen diariamente preocupados de sus problemas, pero los partidos tienen otros problemas, que no son aparentemente los de los ciudadanos, salvo cuando son éstos los votantes, que solo entonces vuelven a ser requeridos de depositar la confianza en sus representantes.

Al mismo tiempo, se puede advertir el surgimiento de diferentes movimientos sociales, más o menos espontáneos y con un creciente nivel de organización, por intermedio del uso de las redes sociales, como son los casos de Syryza en Grecia, que tomó el poder por vía de las elecciones a inicios del año 2015 y el llamativo movimiento Podemos y, su némesis Ciudadanos, en España el que sorprendió a muchos con diputados electos ante el Parlamento Europeo y con una creciente votación en las elecciones comunales y comunitarias. Sin embargo, y más allá de lo anecdótico, lo que más parece llamar la atención es que progresivamente han sabido estos movimientos con innegable astucia, encausar el malestar de la ciudadanía, que no encuentra eco de sus problemas en los partidos tradicionales. En el caso de Chile, también se pueden encontrar ejemplos de movimientos sociales con creciente convocatoria y organizados a través de las redes sociales, entre éstos los movimientos estudiantiles son los más visibles, pero existen otros movimientos de diversa índole y que defienden temáticas diversas, en las que los partidos políticos, cuando mucho, asumen un rol reactivo, tratando de encausar estos temas para transformarlos en potenciales votos de adhesión.

Pero ya que se habla de una mayor participación y de numerosos procesos de consulta, ellos parecen improbables de concretarse sin la existencia de mayores niveles de transparencia. La presión por la aprobación del Convenio 169 de la OIT y, luego por su compleja implementación, pueden explicarse, esencialmente, en la presión por una visibilidad concreta en que las decisiones que se toman en los gobiernos nacionales o regionales, sólo cuentan con verdadera legitimidad, si son consultados cada vez, a los ciudadanos, al mismo modo que surge el Partido Pirata²⁷⁹ en Alemania con propuestas de democracia líquida.

La participación ciudadana tradicional, a través de organizaciones sociales sin fines de lucro y de los partidos políticos que asumen estructuras del derecho privado,

²⁷⁹ Diario El País, http://elpais.com/diario/2009/10/18/sociedad/1255816801_850215.html (acceso 30 de junio de 2015)

también son parte de este proceso, por un lado, como denunciantes y promotores de distintas causas que han logrado mayor adhesión de los ciudadanos, pero también, se observa que está creciendo la demanda de una mayor transparencia respecto de todas ellas, ya no como un beneficio, sino incluso como una condición de legitimidad respecto de su gestión y, desde luego, de la administración y obtención de los fondos, pero al mismo tiempo se trataría de algo más trascendente que solo conocer los balances y las finanzas.

Las ONG ya no pueden ser tan poco transparentes como antaño, donde gozaban de una credibilidad y una condición de estar por sobre el bien y el mal, ahora, en cambio, las organizaciones que no logren alcanzar niveles adecuados de rendición de cuentas y de transparencia, se verán, con toda seguridad, en desventaja respecto de otras entidades y posiblemente, perderán el interés de los ciudadanos, de los donantes, inclusive de los beneficiarios y, por ello, debieran tomar en consideración los procesos de toma de decisiones que repliquen las exigencias de la ciudadanía por mayor participación directa y de democracia líquida interna.

Vivimos en una sociedad que considera la información como un superlativo deseable, sólo los máximos niveles son los aceptables, *“el imperativo de la sociedad de la transparencia es: todo tiene que estar ahí abierto como información de manera accesible a cualquiera. La transparencia es la esencia de la información. Es la manera de proceder del medio digital.”*²⁸⁰.

Desde 1990, se pasó de 12 países, que contaban con leyes de acceso a información, a la asombrosa tendencia de 75 en poco más de 20 años, este fenómeno jurídico irreversible, y que requiere ser evaluado en su acatamiento y cumplimiento efectivo, es denominado como “eclosión”²⁸¹ por Fernández y Pérez. Se destaca que la presión por los cambios legislativos, muchas veces, y en especial en Latinoamérica, se originó en las cortes internacionales de derechos humanos, mediante sendos fallos, generaron un verdadero efecto cascada de influencia, que produjo presión desde afuera de las fronteras nacionales, y no se originó en proyectos políticos internos, aunque algunas veces, fue la propia sociedad civil, quien dio el inicio a esta avalancha, que terminó abriendo inicialmente archivos, como también el conocimiento de los

²⁸⁰ HAN, BYUNG-CHUL. Op. cit. 18, pág. 64-65

²⁸¹ FERNÁNDEZ R., Severiano Y PÉREZ M., José M.; Op. cit. 15, pág. 23

fundamentos de las decisiones públicas, en todo caso, la delimitación de este derecho, está por demostrar sus alcances y delimitaciones para una verdadera eficacia.

La transparencia no es la verdad, pero sí está vinculada con la percepción de quien recibe la información como una aparente verdad, que le transmite confianza, mayor certeza y legitimidad a los procesos decisorios, aunque no sea la verdad, necesariamente, para quien recibe la información, la transparencia tiene la apariencia de serlo y constituye una verdad, para quien la asume como tal, que podemos llamar una “verdad subjetiva”. Este es uno de los riesgos de la transparencia, ya que puede transformarse finalmente, en el manto que termine escondiendo la verdad. Transparente, pero no necesariamente, verdadero, es uno de los riesgos más claves de esta política pública.

La transparencia, desde el punto de vista del receptor de la información, puede cumplir varios roles significativos, entre los que podemos anticipar los siguientes:

- La información proporcionada antes de la ocurrencia de los hechos, puede revelar los secretos o defectos, anticipadamente a la ocurrencia o la toma de decisiones, para generar credibilidad y controlar a quien está informando, evitando de esta manera, que se generen actos de corrupción, la llamaremos “Transparencia Preventiva”.

- Cuando la información se entrega, después de los actos realizados, esto es ex post, y de este modo permite conocer, evaluar y juzgar, lo que ya se hizo bien o mal, y que llamaremos “Transparencia Evaluativa”.

- Muchas veces, sin embargo, se entrega una información parcial o distorsionada, que da la sensación para quien la recibe, que se está correctamente informado y se puede por causa de ello, confiar en esa información, en todo caso, debemos advertir que, no es poco común, que los datos que se entreguen, más que falsos sean inexactos, incompletos o irrelevantes, lo que genera esta información, es una mera distracción de la exactitud o adecuación de lo que realmente importa dentro de la información proporcionada, desviando el conocimiento a lo que realmente sirve, para quien debe evaluar. Llamaremos a este caso como, “Transparencia Putativa o Aparente”.

- Otra información, y que de manera creciente se proporciona antes y en el proceso de toma de decisiones, pero de un modo mucho más inclusivo y que no se limita únicamente a informar, sino que se invita a opinar e incorpora los aportes de

los partícipes a ser tomadores de decisiones, este es un tipo de transparencia que estamos observando crecientemente y que la llamaremos “Transparencia Participativa”.

Reviste una especial dificultad la de establecer una delimitación del derecho a la información, cuando en verdad lo que se trata es de dar una protección al sistema democrático, y en que los obligados sean los funcionarios, sujetos al cumplimiento de un mandato de servicio público y en el que se administran los fondos del Estado, por ejemplo, en las indicaciones que se han realizado para mejorar las declaraciones patrimoniales, las que sirven de parámetros para conocer la existencia de eventuales enriquecimientos ilícitos o de variaciones patrimoniales, que lamentablemente han sido mal planteadas desde su inicio, por ser insuficientes y otros las han criticado, porque han causado algunos inconvenientes y molestias a los funcionarios y a sus familiares más directos.

Por ello, se han sugerido propuestas para incrementar la obligación a los parientes hasta del tercer grado, en coincidencia con la normas de lavado de dinero de activos y en el que se identifican a las Personas Expuestas Políticamente (PEP), con el propósito muy loable, de incrementar la seguridad de la sociedad, ante estas propuestas Dieter Linneberg y Hugo Caneo plantean que “[...] *la mayor regulación que se pudiera proponer, carecerá completamente de efecto, a menos que apunte a un elemento fundamental y relevante, que en realidad es una solución simple, esto es, obligar a que las operaciones entre sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas y PEP deban someterse a un régimen más exigente de publicidad, si lo quisiéramos homologar a los términos de la ley de Transparencia, someter a publicidad pasiva todas y cada una de las operaciones en las que participe un PEP, por ejemplo, publicación de tales operaciones en el sitio web de la institución financiera y/o reporte obligatorio a la UAF (Unidad de Análisis Financiero), lo que probablemente requeriría una modificación legal*²⁸²”, con el propósito de facilitar y hacer valer la responsabilidad funcionaria, se sugiere subir a la web y responder a consultas de responsabilidad pasiva un ilimitado número de operaciones y respecto de un importante rango de parientes, lo que además de dificultades técnicas que son superables, generará una estampida del sector público a muchos funcionarios y producirá casi con seguridad importantes problemas familiares a personas que están vinculadas aunque no siempre son tan cercanas, ya que no hablamos sólo de los

²⁸² Diario la Tercera Domingo 5 de abril de 2015, pág. 16 Negocios.

cónyuges, hijos o padres. Se trata de medidas extremas y exageradas, y no parecen orientarse a nada más que a la acumulación de información y no parece asimismo que vayan a ser exitosas si lo que se quiere es evitar las conductas inadecuadas o sancionarlas debidamente, información total a personas lejanamente vinculadas, como si eso fuera la solución de todo y, como afirma La Presidenta del Consejo para la Transparencia de Chile, “[a] mí me da un poco de temor de que en esta pasión por la transparencia que se genera en situaciones de crisis regulemos violando otros derechos²⁸³”, el peligro será que, ante estos y otros hechos graves, se tienda a sobrerregular o a regular mal, pudiendo afectar al mismo tiempo derechos esenciales.

3.10 Transparencia y su fundamento

En el esfuerzo de los Estados por, mejorar sus estándares de probidad y reducir la corrupción, la que lamentablemente, está tan presente en la prensa en nuestros días, los desafíos normativos y regulatorios deben cumplir un rol preponderante, pero dichos esfuerzos, deben también enfocarse en el verdadero problema para de este modo, poder resolver lo que se ha fijado como el propósito, y como dicen los especialistas en administración, “saber plantear un problema, es la mitad de su solución”. ¿Estamos planteando correctamente el problema?

Se trata solo de sanciones y de modificar con pequeños ajustes la actual normativa, que ya parece bastante amplia y que cubre no solo los casos directos y evidentes de corrupción, cohecho, tráfico de influencias, financiamiento de partidos políticos, transparencia y, muchos otros mecanismos de control, varios de ellos, además, elaborados a partir de grandes consensos normativos internacionales como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción o de estándares muy bien elaborados, como son los de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)²⁸⁴.

Pudiera pensarse que, a pesar de todos estos encomiables esfuerzos, parece que no hemos sabido plantear cuál es el problema real y de esta manera buscar herramientas adecuadas para el. Y parece que el problema, no sería el que pudiera existir personas o funcionarios muy viles y mal intencionados, sino que, lo que está en medio de toda la

²⁸³ BLANLOT, Vivianne; Diario la Tercera Domingo 5 de abril de 2015, pág. R12, Reportajes

²⁸⁴ <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/> (acceso 2 de julio de 2015)

delimitación del problema, es que se trata de la propia naturaleza humana y la manera en que ésta reacciona ante al poder. “El poder corrompe”, nos advertía *Lord John Emerich Edward Dahlberg Acton* y parece que, a pesar de que han pasado largos años de la advertencia, no queremos aceptar lo que de verdad está implícito en ella. Somos nosotros mismos, los que estamos expuestos a la tentación de la corrupción y, no los demás, es fácil aceptar que se trata de otros, lo que son serán débiles, ambiciosos y corruptos, cuando en la realidad, se trata de nosotros mismos.

En esta creciente preocupación, por mejores normativas y mecanismos de control y sanción más eficaces, por la mayor transparencia y la mejor rendición de cuentas (*accountability*) y mecanismos de sanción, juegan un rol determinante, pero podría ser insatisfactorio, ya que, a pesar de que hoy, los ciudadanos saben más que ningún otro pueblo en la historia, respecto del comportamiento y gestión de sus representantes, sin embargo, no ha incidido en su credibilidad, ya que no parece mejorar.

El derecho subjetivo a saber y conocer lo actuado por los representantes, no se trata de algo que se haya aceptado, desde siempre y pura y simplemente, por el contrario, se ha ido ganando mediante la defensa de derechos fundamentales y los derechos políticos, aunque el *arcana imperii*, los secretos del imperio, empleado por el historiador Tácito, y defendido por muchos filósofos y políticos, como Platón en la República, para que sólo los elegidos para gobernar, pudieran acceder a este conocimiento o como el caso de Maquiavelo, que la denomina como una “noble mentira”, siempre supeditada al beneficio del Príncipe y la manera que éste pudiera gobernar del modo que, entonces, se entendió como el “correcto”.

La tendencia del secretismo y la opacidad como algo aceptable, se fue revirtiendo no sin resistencias desde el explícito artículo 15, que facultaba a exigir a los agentes públicos la rendición de cuentas, en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en el año 1789.

La legitimidad de los gobiernos y de sus representantes, comienza por el conocimiento, por la rendición de su gestión y sus gastos e inversiones, de sus conflictos reales y potenciales, de sus parientes, de sus patrimonios. Por esto, “[e]n la medida en que existen medios para conocer los desajustes de la acción gubernamental, se

*hace más tangible la idea de un mejor gobierno, de una democracia más efectiva y de unos derechos individuales más vigentes.*²⁸⁵”

Los gobiernos están conscientes y preocupados, por las desconfianzas y de los perniciosos efectos de la pérdida de legitimidad, han asumido por ello, sendos proyectos y la creación de comisiones para dar atención de raíz al problema y con una mirada sistémica, así se crearon en Chile diversas iniciativas de probidad, comenzando el año 1994, durante la administración del Presidente Frei la Comisión Nacional de Ética Pública; en 2006, durante la primera administración de Bachelet el Grupo de Trabajo, sobre Probidad y Transparencia; y en 2015, también a consecuencia de graves escándalos, como en todos los casos anteriores, el Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción.

Con la experiencia de todas estas iniciativas, se puede afirmar, que se trata de decisiones e iniciativas sin dudas interesantes, pero han sido siempre reactivas y posteriores a escándalos que han trascendido en la prensa, con evidentes costes políticos, lo que puede llevarnos a desconfiar de las reales motivaciones de los gobernantes al promoverlas, que no han querido evitar y anticipar malas prácticas que, terminan afectando la democracia y golpean duramente a los partidos y la base de su legitimidad.

La forma de trabajar de los funcionarios, ha sido modificada de manera definitiva, ya no pueden soslayar que parte de sus labores, será dejar registro adecuado de sus desempeños, ya no solo en un control de su gestión y resultados, sino que la certeza que esa rendición de su trabajo y de sus potenciales conflictos de interés, será examinada y estará sujeta a objeciones y cuestionamientos e incluso a eventuales sanciones. Todo ello, supone la necesidad del conocimiento y capacitaciones de los funcionarios, así como de la implementación de tecnologías e infraestructura que les permitan cumplir con las expectativas de registro, lo que en algunos casos puede incidir en mayores trámites y en mayores costos asociados, pero al mismo tiempo, debería mejorar la gestión y desempeño de los servicios públicos.

La rendición de cuentas y la transparencia, son sin duda alguna muy decisivas para una mejor gestión pública, pero al mismo tiempo, debemos comprender adecuadamente cuáles son sus roles y no caer en la “grave confusión”, que nos advierte

²⁸⁵ SOSA, José, Un Ensayo Introductorio, en Sosa José, Op. cit.216, pág. 18

José Sosa, de considerarlos como sinónimos o términos intercambiables, transparencia y rendición de cuentas.

Emmerich, por su parte, consideraba ya en 2004 que *“la transparencia y la rendición de cuentas dan legitimidad y credibilidad al sistema, permiten vigilar que éste sirva al bien común y contribuyen a que los gobernantes, legisladores y funcionarios públicos atiendan al interés general antes que sus intereses particulares”*²⁸⁶.

Los valores de una sociedad están dados, por un conjunto de elementos, de una tradición de las creencias religiosas y de lo que el mismo grupo reconoce y que considera como una conducta merecedora de un reconocimiento, *“la conducta esperada de todos los individuos, es el acatamiento de los dictados que derivan de la honradez de ánimo, de la transparencia en el obrar y de la integridad en cada una de sus conductas”*²⁸⁷, afirma el Presidente de la Corte Suprema de Chile Sergio Muñoz en su discurso de toma de juramento de los nuevos abogados, no se limita solo al respeto y cumplimiento de las normas sino que reúne varias cualidades, la primera de ellas, afirma el Presidente Muñoz, es la veracidad.

No es posible, ni adecuado entonces, restringir estas cualidades, que son deseables para los abogados y que asumen en este solemne acto al inicio de su carrera profesional, sino que debe extenderse, que deben promoverse y valorarse el que se trate de una conducta en la mayoría de sus miembros, cuando no la totalidad de los servidores públicos y personas que desempeñen labores de liderazgo y en el que los intereses de terceros, se vean también involucrados.

Hoy en día, podría ser discutible la eficacia de esta pretendida misión, que desde luego compartimos, sin embargo, parece ser debatible, que se trate de una fórmula simple y una receta que sea endosable y aplicable por los gobiernos y los países de diferentes regiones de una forma más o menos idéntica.

Se trata, mucho más, de una tarea cultural, la de identificar en las características de una sociedad, rasgos que sean significativos que permiten comprender, evaluar e identificar los aspectos que pueden ser las claves para elaborar fórmulas o modelos aplicables. Es evidente que, lo que parece ser inaceptable para una cultura del norte de

²⁸⁶ EMMERICH. G, citado por Sosa José, Transparencia y Rendición de cuentas Un Ensayo Introductorio, en Sosa José Op. cit.216, pág. 21.

²⁸⁷ MUÑOZ, Sergio; Diario El Mercurio 12 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/12/30922/Honradez.aspx> (acceso 12 de abril de 2015).

Europa, no parece ser al mismo tiempo, ni de lejos, algo indebido en muchos otros países que aunque tengan niveles de desarrollo económico y social menores, puede no solo tratarse de una perspectiva de desarrollo, sino de entender cómo funcionan las sociedades y el peso de sus componentes culturales, religiosos, históricos y valóricos.

En todo caso, existe una pretensión de que llegaremos todos a un punto casi idéntico de aceptación de conductas y ello puede deberse a la distorsión de una pretendida objetividad para el diagnóstico y para una meta final. *“Incorporar la transparencia como un nuevo valor a la cultura de la organización significa que los individuos observan comportamientos acordes con la transparencia, no por ser ella un mandato administrativo, sino por seguir un principio de comportamiento institucional que los miembros de la organización obedecen ya sea porque están convencidos de su valía o simplemente porque se han acostumbrado a hacerlo”²⁸⁸*.

Vergara, nos propone que debería pasarse, desde una necesidad administrativa a un valor institucional, dentro de la cultura de la organización.

El ejemplo de México, fue una primera experiencia y el inicio de una tendencia seguida por varios países de la región, la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (LFTAIPG), *“[...] ha sido una herramienta eficaz para entender la gestión del gobierno a través del escrutinio directo de archivos e información diversa; para activar mecanismos anticorrupción; para empoderar a la ciudadanía como contralor de las actividades del gobierno y para disminuir la discrecionalidad de las decisiones de gobierno al exponerlas al escrutinio público”²⁸⁹*.

Jonathan Fox²⁹⁰, distingue entre transparencia “clara” y transparencia “opaca”, en que esta última representaría la información que producen las propias instituciones, para él no sería suficiente para describir cómo trabajan en la realidad, cómo es el proceso de toma de decisiones o los efectos que estas decisiones, producen en la gestión de la entidad (como los datos estadísticos). La transparencia “clara”, es la que mostraría información confiable respecto del desempeño de la entidad, indicando las

²⁸⁸ VERGARA citado por SOSA, José, Transparencia y Rendición de cuentas Un Ensayo Introductorio, en Sosa José, Op. cit.216, pág. 33

²⁸⁹ RUIZ E, Alexander; El ojo ciudadano y los recursos públicos: una breve evaluación de los alcances de la ley federal de transparencia; Alexander Ruiz Euler Coord. Transparencia y Rendición de Cuentas, Distribuciones Fontamara S.A. 2006, pág. 15.

²⁹⁰ citado por SOSA, JOSÉ, Transparencia y Rendición de cuentas Un Ensayo Introductorio, Op. cit.216, pág. 23.

responsabilidades y el uso de los fondos de dinero público. Es esta información, la que permitiría una evaluación verdadera y poder definir y desarrollar estrategias (como los informes de evaluación).

La ignorancia, puede ser también motivo de un estudio (*Agnotología*²⁹¹), siendo necesaria ya que la transparencia se la concibe como lo opuesto a la opacidad y a la ignorancia o incertidumbre, aunque no necesariamente compartimos esta visión binaria respecto de lo que no se hace público, sería parte de la ignorancia, salvo que se realice con el propósito del ocultamiento informativo.

Para Smithson, la ignorancia debe atenderse como una construcción social, y bien podrían ser un integrante del “cemento social”, que se construye sobre la base de la confianza y esta última “*no es otra cosa que ignorancia institucionalizada que cortocircuita la necesidad de conocer para relacionarme con el otro.*”²⁹² Asumiendo la ignorancia, nos facilitaría la convivencia en lo social, que obviamente se mantendrá, como afirma Ramón Ramos, hasta que se levanten evidencias que hagan ya imposible mantener la ignorancia como válida, por medio de pruebas objetivas que nos hicieran sentir, que hemos asumido un compromiso sobre falsos presupuestos.

Evidencias de la fragilidad de nuestra convivencia colectiva, basadas en el contrato social y una vida más o menos pacífica, sustentada en la ignorancia, no puede menos que estremecernos, ya que la ignorancia se basa en la distancia del conocimiento concreto y en la confianza que depositamos en los demás y en las autoridades de un comportamiento, en conformidad a las reglas y normas.

Ante los retos de la transparencia, muchos gobiernos se enfrentan a un desafío al que no están dispuestos o solo pretenden asumirlo en parte, tratando de ocultar explícitamente, ya por la vía legal, aspectos de una política pública, en una actitud que puede calificarse incluso de infantil, un mal ejemplo de esto es la ley de presupuesto nacional de Chile del año 2015, en la que ambas cámaras aprobaron una indicación parlamentaria, incluida en la partida de educación en la que los resultados de las evaluaciones del sistema de educación SIMCE, deberán informarse en su perspectiva nacional, regional, provincial o comunal y los resultados de los colegios se entregarán

²⁹¹ Diario El País http://elpais.com/elpais/2014/09/05/opinion/1409932214_855691.html (acceso 6 de octubre de 2015).

²⁹² RAMONS, Ramón, ALBERGAMO María ED “Opacidad y Complejidad”. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 32.

individualmente a cada uno, dificultando la comparación de establecimientos públicos o privados para ver en una perspectiva de ranking y de cuadros que puedan comparar los resultados y la tendencia de sus desempeños.

Según la editorial del diario La Tercera²⁹³, ello marca “*un paso en la dirección de restringir la capacidad de elección de las familias*”. Aunque los argumentos esgrimidos, irían en favor de desmercantilizar la educación, si ello se logra mediante la restricción de información a los ciudadanos y las familias, ello que no se condice con la tendencia impulsada por los recientes gobiernos nacionales y regionales, respecto a hacer visible todo lo que no tenga una causal legal y debidamente calificada como secreto o reserva y en función de bienes superiores y no un debate político contingente. Se ha anticipado que, con mucha probabilidad, esta indicación no cumpliría con la norma de transparencia y podría ser desafiada en el propio Consejo para la Transparencia.

En el debate del sistema educacional se ha planteado por el Ministerio, la posibilidad que los padres accedan con libertad a los resultados generales de las evaluaciones docentes en los colegios de sus hijos, lo que ha sido celebrado, ya que “[l]a información tiene que producirse de diversas maneras para que genere una adecuada retroalimentación; cambios, de ser necesarios, en las políticas aplicadas y una interacción distinta en las comunidades educativas. En ese sentido, parece positivo que el Ministro Eyzaguirre haya comprometido una difusión de los resultados de las evaluaciones agregadas de los docentes para los colegios particulares subvencionados”²⁹⁴.

Toda vez que no basta producir la información, sin que llegue a los destinatarios de dicha información y a quienes servirá para evaluar tanto a los especialistas, los reguladores y las familias.

Comparte Ramón Ramos, la posición de Byung Chul Han, que la transparencia total nos llevaría a un totalitarismo y a un control absoluto de lo que pensamos, lo que hacemos o dejamos de hacer.

La creencia sublime en la transparencia, como solución de los problemas de legitimidad y de responsabilidad nos podría llevar a abismos, si no sopesamos bien sus dimensiones, “[n]o necesariamente la transparencia se opone a ocultación, secreto, como

²⁹³ Editorial Diario La Tercera, domingo 30 de noviembre de 2014.

²⁹⁴ Editorial El Mercurio 24 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/24/31242/Transparencia-en-el-sistema-educacional.aspx> (acceso 9 de mayo de 2015).

*en nuestra cultura, ni sus sinónimos y parasinónimos tienen porqué ser traslúcido, claro, nítido, etc.*²⁹⁵, bien podría ser una táctica de la transparencia, en la aceptación que los demás tendrán de las evidencias que se les presenten como evidentes, la transparencia puede entenderse como una manera de esconder lo que no se está mostrando y, en este sentido, su legitimidad y veracidad sería meramente parcial, en los aspectos que comentamos en este trabajo, como los organismos modificados genéticamente y de los alimentos, y de otras materias como la seguridad y defensa, bien pueden estar ocupando un rol de distracción y de un mero validador de actividades o procesos, solo por ser tan transparentes, como aquel que quiere mostrarlo, lo desea.

Pensar en la transparencia como sinónimo de verdad, es tal vez el origen de una desviación que nos lleva a creer en ella ciegamente. Transparencia y verdad, ni siquiera son sinónimos, están en un ámbito semántico cercano, pero no podemos pensar que todo lo que vemos, o a lo que tenemos acceso, que bien puede ser, una parcialidad de la información y de la verdad, es exacto, suficiente o fidedigno.

La transparencia y el acceso a la información son, sin duda un valor de la república, *“la información es un bien público y la responsabilidad de un estado democrático de derecho al que aspira a convertirse el Estado Mexicano, es la creación de un marco legal en el que se establezcan taxativamente las obligaciones del gobierno en la materia. El Estado no puede graciosamente decidir qué tipo de información estará disponible al ciudadano*²⁹⁶”.

El Estado, en definitiva, no es el dueño de la información, sino que únicamente la detenta a nombre de sus mandantes, los ciudadanos, quienes directamente o a través de las instituciones republicanas, pueden requerir la información que no tenga la condición de reservada.

Del mismo modo, para Lozano, *“[...] quien utiliza la transparencia el intento puede ser el de ganar la confianza del otro – los partidos políticos procuran esta estrategia-*

²⁹⁵ GONZÁLEZ, Rayco, “La transparencia como efecto de sentido” ALBERGAMO MARÍA ED. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 110.

²⁹⁶ ESCOBEDO, Juan Francisco; “Información pública y cultura democrática”, en Sosa José, compilador “Transparencia y rendición de cuentas”; Siglo XXI Editores, México, 2011, p.170

, pero también puede darse el intento de utilizar la transparencia como medio para retrasar las decisiones de su oponente o antagonista”²⁹⁷.

La rendición de cuentas que, desde luego, requiere un flujo de información desde el evaluado al evaluador, tiene funciones y consecuencias muy propias y diferentes de la transparencia. En el *accountability*, por ejemplo, existe un vínculo más interactivo, y en el que la información entregada, debe ser evaluada y sometida a un juicio de aprobación o rechazo y debe tener efectos de retroalimentación o de sanción. Schedler²⁹⁸ afirma que hay dos dimensiones del *accountability*, abarca la obligación de los funcionarios públicos y de los políticos de informar y justificar sus decisiones (*answerability*) y, al mismo tiempo, este proceso, comprende la posibilidad de sanción a los que hayan quebrantado sus obligaciones en el cumplimiento de sus funciones públicas (*enforcement*).

Una buena gobernanza, puede verse desde distintos aspectos, en el que la transparencia y la rendición de cuentas juegan un rol armónico, y en el que se puede pasar desde diferentes tipos (gobernanza débil, fortalecida, limitada o fortalecida), la gobernanza fortalecida²⁹⁹, requiere que la sociedad se articule, se discuta y valoren los aportes, tanto de la transparencia como del *accountability* y en el que existan sanciones efectivas y disuasorias.

Evidentemente, no se trata de un proceso simple ni estático, sino evolutivo y dinámico y en el que el rol de las instituciones públicas y de la sociedad civil, es muy relevante y participativo y en el que se requiere un diálogo y encuentro de la sociedad que mejore sus estándares de conocimiento de la gestión pública y de entendimiento de la importancia de una ciudadanía empoderada, pero al mismo tiempo, respetuosa de su lugar en la República y de sus instituciones. En definitiva, participativa y exigente, pero a la vez, reconociendo las esferas de actuación de las instituciones, lo que puede ser, del disgusto de los que promueven perspectivas de democracia líquida para todas las decisiones y actuaciones.

²⁹⁷ Citado por GONZÁLEZ, Rayco en “La transparencia como efecto de sentido” González Rayco, Albergamo María Ed. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 109.

²⁹⁸ Citado por SOSA, José, Transparencia y Rendición de cuentas Un Ensayo Introductorio, Op. cit.216, pág. 23.

²⁹⁹ SOSA, José Transparencia y Rendición de cuentas Un Ensayo Introductorio, Op. cit.216, pág. 43.

La delimitación de la transparencia, como herramienta de mejor probidad en la democracia, puede ser también, una herramienta que genera confusión, en este sentido, es interesante la visión del Juez de la Corte Suprema de EEUU, Antonin Scalia, cuando nos advierte su oposición a que se transmitan por vía de televisión en vivo, los juicios de las Cortes en EEUU, “*no tiene nada que ver con la transparencia que la televisión transmita a nivel nacional*,³⁰⁰” ya que las audiencias son públicas y todo el que quiera presenciar una audiencia lo puede hacer, entonces no se trataría de un ocultamiento el no hacerlas transmisibles por vía televisiva, aunque “*los medios dicen, es que es por ver el trabajo de la Corte Suprema educaría a los ciudadanos estadounidenses*,” al constituir visiones parciales, ello no sería representativo de la labor de los jueces, y los ciudadanos tendrían, por el contrario, visiones muy parciales y distorsiones de la realidad jurídica, lo que requeriría es que los que estén interesados tuvieran un seguimiento más completo y representativo de las audiencias, pero dedican pocos segundos y se forman opiniones incompletas.

Casos como, la polémica que existe por el uso de correos privados, por parte de Hilary Clinton, que aspira a ser candidata a la Casa Blanca y que, durante su gestión como Secretaria de Estado, habría utilizado una cuenta de correo electrónico personal desde un servidor, también privado, por lo que habría de esta manera eludido el sistema oficial de comunicaciones, lo que no necesariamente implica que, haya utilizado dicho medio para algo ilegal o que, el tenor de los textos de los correos sea inadecuado, se trata simplemente de la sombra de la duda.

Para el común de la gente, si no estaba empleando el sistema y mecanismo oficial, se supone que hay un incumplimiento al menos formal, pero se anticipa, en ello, un reproche como si fuera ya cierto, que los textos de los correos o los destinatarios fueran propósitos oscuros e ilegales. La sombra de la duda, nuevamente, muestra lo que ya hemos señalado, en cuanto a que si es público y transparente, pareciera ser verdadero, y si es oculto o emplea medios privados, entonces, casi por fuerza, se trata de algo inexacto, falto de veracidad o derechamente ilegal.

La confianza de la ciudadanía, está depositada en el continente, más que en el contenido, en las formas, más que en el fondo, la pregunta es si en verdad ¿ello beneficia a los objetivos de la rendición de cuentas y la responsabilidad? Pareciera, entonces, que podemos dudar, porque si no se conoce, ¿cómo es que podemos

³⁰⁰ Entrevista en El Mercurio; domingo 15 de marzo de 2015, Sección Reportajes

fiscalizar?, pero lo opuesto no puede ser la desconfianza y lo ilegal, como algo implícito.

Muchas veces, la percepción de la corrupción se basa en aspectos más bien teatrales o presunciones de confianza a ciegas. Los economistas liberales, la relación entre la libertad económica y la corrupción para algunos existiría una correlación negativa, a mayor libertad, sería menor la corrupción o, al menos, se disminuye la posibilidad que ella se expanda, en efecto, “[e]s intuitivo que en transacciones libres, realizadas en el marco de mercados libres, por individuos también libres, no puede haber corrupción” y que los datos que muestran los índices internacionales de *Heritage Foundation* parecieran mostrar “[...] una estrecha y robusta correlación entre la percepción de corrupción, medida por el índice que al respecto prepara *Transparencia Internacional*, y el índice de libertad económica, de la *Fundación Heritage*³⁰¹”.

3.11 Corrupción y desafíos transversales: El caso de Chile

La corrupción, es un fenómeno que depende mucho de las percepciones de las partes involucradas, de la sociedad en general, si todos o muchos son corruptos en una sociedad, entonces, puede presentarse la tentación que no tiene sentido ir contra la mayoría y no existiría el reproche social, “[l]a corrupción se fortalece cuando la mayoría de los ciudadanos se vuelven y se perciben como posibles corruptos o corruptibles. Mientras más personas adquieran esa percepción de lo corruptible, más institucionalizada se hace la corrupción en una sociedad dada³⁰²”, de ahí la gravedad de conductas muy masivas de malas prácticas, como en el caso chileno de la gran cantidad de evasión en el pago del transporte público, que alcanza al 24% de los pasajeros que no lo están pagando y, por otro lado, del tráfico de influencias, que es percibido como algo usual y no necesariamente reprochable y, en fin, el uso de la información privilegiada, práctica muy habitual entre los altos ejecutivos, que administran intereses en nombre de los accionistas, y en ello cobra relevancia la información, la denuncia a través de instituciones no vinculadas al poder, que sean independientes de verdad en su financiamiento y su desempeño, el tercer sector, Jorge Gómez afirma que, “[l]a

³⁰¹ Diario la Tercera Domingo 15 de marzo de 2015 <http://voces.latercera.com/2015/03/13/rolf-luders/corrupcion-y-libertad/> (acceso 15 de marzo de 2015).

³⁰² GÓMEZ ARISMENDI, Jorge <http://www.chileb.cl/perspectiva/es-usted-corrupto/> (acceso 19 de abril de 2015).

sociedad civil vigilante, es desde un punto de vista cultural y liberal, un elemento esencial para inhibir la extensión de prácticas corruptas, sobre todo cuando éstas surgen en el seno del poder político o entre las élites”.

Debe recogerse las experiencias nacionales y comparadas, que despiertan y se reaniman los cambios normativos, ante noticias que conmueven y desilusionan a los ciudadanos y los alejan de la política. Recientes escándalos, de gran repercusión en la prensa de casos graves de financiamiento ilegal de la política y de las campañas electorales despertaron una temática que hacía bastante tiempo que era necesario revisar.

El caso llamado Dávalos/Luksic (Caval), que resumidamente se trata de un aparente uso de información privilegiada por el propio entorno familiar de la Presidenta Bachelet, en el que su nuera y su hijo, compraron un gran predio rural, que muy pronto vendieron con la ventaja del cambio del uso de suelo por la vía de un cambio en la regulación municipal y la inminente consecuencia de mejorar el valor y plusvalía de un inmueble que tenía destino rural y pasaba en parte de su superficie a tener un destino a viviendas.

Lo más grave del caso, se incrementa con la información posterior, que implicó saber que uno de los empresarios más prósperos del país y, entre otras inversiones, controlador del mayor banco privado, estuvo presente en la reunión en la que se le concedió el crédito al Sr. Dávalos y la empresa de su mujer, aunque las características de la sociedad no poseía garantías, flujos y requisitos comerciales mínimos con una suma cercana a los 10 millones de dólares. Es necesario aclarar, que la decisión del cambio de uso de suelo corresponde a una resolución reglamentaria del municipio y en la que algunos implicados estuvieron en ambos lados del río, con manejo de la información.

Este caso comenzó como una operación inmobiliaria, con algunas facilidades crediticias proporcionadas por el controlador de un banco privado, pero con el tiempo, fueron apareciendo por partes, una historia que incluía tráfico de influencias y varias reuniones con personas vinculadas con la política y un empresario, esto no ha dejado de enturbiar incluso a la imagen presidencial y hacer surgir una serie de especulaciones, al cabo de algunas semanas, varios presidentes de partidos políticos han solicitado la necesidad de un sinceramiento total y no por capítulos.

Ernesto Velasco, Presidente del Partido Radical, señaló que “*todo lo que sea ir en un nivel mayor de transparencia en torno al caso Caval es bienvenido...*” y, Felipe Ward, diputado de la UDI, recalcó que “*se requiere más transparencia y más liderazgo de parte de la Moneda*”³⁰³.

En un período de tiempo demasiado cercano e inconveniente, el caso Penta/UDI; en la que los principales controladores de un inmenso grupo financiero (Délano y Lavín), emplearon fraudes y triangularon el uso de documentos tributarios para efectos de entregar dinero a las campañas de diversos parlamentarios del principal partido de la derecha (Unión Demócrata Independiente). Las operaciones fraudulentas terminaron en varias acciones ilegales, que están siendo juzgadas por falsificación ideológica de documentos, fraudes tributarios, cohecho y evasión tributaria.

La gravedad de los hechos, la importancia de los montos involucrados de los fraudes, que involucran, al menos, 10 millones de dólares y la condición de ser empresarios reconocidos en el mercado, ha generado en la opinión pública, un proceso de crítica y debate sobre la legitimidad de los parlamentarios que resultaron electos y que violaron o contribuyeron a la violación de las normas electorales y tributarias, deberían renunciar a sus cargos de elección popular, aunque la normativa existente, no contempla estas sanciones para los delitos señalados, no obstante que su gravedad es indiscutida, sin embargo, la sanción que establece la ley, es desproporcionadamente baja, si se observan sanciones por hurto o robo de bienes que tienen sanciones mucho mayores que el cohecho de funcionarios públicos, por ejemplo. Es decir, la valoración social de un robo de propiedad privada, es considerada más grave que el fraude a la fe pública y el manejo fraudulento de conflictos de interés.

Por todo ello, existen críticas respecto del énfasis político y de la aparente falta de objetividad del cumplimiento de sus obligaciones de las instituciones persecutoras, tanto de la Fiscalía como del Servicio de Impuestos Internos, en que las condenas parecen plantearse aún antes de las pruebas y del respeto de las garantías mínimas del debido proceso y que se basarían por fuertes presiones de la opinión pública, que ha expresado de diversas formas su malestar y su deseo de sanciones visibles. El accionar

³⁰³

Diario El Mercurio 11 de abril Cuerpo C, <http://impresa.elmercurio.com/Pages/NewsDetail.aspx?dt=2015-04-11&dtB=11-04-2015%200:00:00&PaginaId=4&bodyid=3> (acceso 11 de abril de 2015).

del SII, “*demostró poca autonomía respecto del Gobierno, cambiando la interpretación de sus propias facultades y prácticas pasadas: buscando en el derecho penal, aquello que en el pasado siempre se había agotado primero por la vía administrativa lo que, por lo demás, es lo más lógico y acorde con su objetivo de maximizar la recaudación tributaria*”³⁰⁴.

El informe termina, con una grave conclusión, que se estarían afectando dos garantías, la tipicidad penal y el uso restrictivo de la prisión preventiva.

3.11.1 Consejo Asesor Presidencial

Ante estas y otras situaciones de similar gravedad, pero menor connotación pública, se conformó una Consejo Asesor Presidencial, contra los conflictos de interés, tráfico de influencias y corrupción con fecha 10 de marzo, con un plazo de cumplir con un informe de recomendaciones, en un breve período de tan sólo 45 días. Los integrantes son 15³⁰⁵ con una conformación variopinta de especialistas y personas de

³⁰⁴ Informe Libertad y Desarrollo TEMAS PÚBLICOS, N.º 1198 , 20 de marzo de 2015; <http://www.lyd.org/temaspublicos/editora/TP%201198ESTADODEDERECHODEBILITADO.pdf> pág. 2 (acceso 20 de marzo de 2015).

³⁰⁵ Eduardo Engel: Presidente de la comisión. Es profesor titular de Economía en la Universidad de Chile y profesor visitante en Yale University. Presidente de la Fundación Espacio Público; Benito Baranda: Presidente de la Fundación América Solidaria. Psicólogo de la Universidad Católica; Lucas Sierra: Profesor de Derecho en la Universidad de Chile. Sub Director del Centro de Estudios Públicos (CEP); Andrea Repetto: Miembro del directorio de la Fundación para la Superación de la Pobreza y de la Comisión Presidencial para la Medición de la Pobreza. Tesorera de Espacio Público; Olga Feliú: Presidenta del colegio de abogados de Chile; Rossana Costa: Subdirectora de Libertad y Desarrollo. Ex directora de Presupuesto del gobierno de Sebastián Piñera. Economista; Vittorio Corbo: Economista de la Universidad de Chile, académico, investigador y consultor. Fue presidente del Banco Central entre 2003 y 2007; Alfredo Etcheberry: Abogado y profesor de la Universidad de Chile. Experto en Derecho Penal; Claudio Fuentes: Director Instituto de Investigación en Ciencias Sociales (ICSO), Facultad de Ciencias Sociales e Historia. Licenciado en historia de la Pontificia Universidad Católica. Magíster y doctorado en Ciencia Política en la Universidad de Carolina del Norte, EE.UU. Ex director de Flacso; Alvaro Castañon: Abogado, coordinador legislativo de la fundación Ciudadano Inteligente; José Andrés Murillo: Doctor en filosofía. Presidente de Fundación Para la Confianza; Manuel Riesco: Ingeniero civil industrial; magister en Economía de la Universidad de Chile con estudios de doctorado en Economía Política en el Instituto de Ciencias Sociales de la Academia de las Ciencias de la URSS; Marcela Ríos: Doctora en ciencia política de la Universidad de Wisconsin-Madison, EE.UU, Magíster en Ciencias Sociales de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Desde el 2007 es coordinadora del área de gobernabilidad en la oficina de Chile del PNUD; Agustín Squella: Abogado, periodista y columnista

destacada trayectoria en ámbitos desvinculados con la corrupción, aunque se debatió respecto de la exclusión de ciertos nombres y en cuanto a la conveniencia de crear una comisión que cumpliera una labor en paralelo a la que correspondía al Congreso Nacional. La conformación de la comisión y su accionar revelaron una clara desconfianza de los actores políticos, inclusive del Congreso Nacional.

El Decreto del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia N.º002, señala entre sus considerandos que, el actual régimen jurídico relativo a los conflictos de interés, integridad y transparencia del mundo de los negocios, la política y la función pública resulta insuficiente para enfrentar los actuales desafíos (considerando 4.º) y que, en consecuencia, resulta necesario revisar el régimen jurídico vigente y proponer medidas concretas de orden legal y reglamentario, para el cumplimiento efectivo de los principios éticos, de la integridad y de la transparencia y el eficaz control del tráfico de influencias, la corrupción y los conflictos de interés (considerando 5.º), por ello, se establecieron las siguientes funciones al Consejo Asesor Presidencial:

Proponer un marco normativo, que permita el cumplimiento efectivo de los principios éticos de integridad y transparencia, en sus aspectos legales, administrativos para lograr el eficaz control del tráfico de influencias, prevención de la corrupción y de los conflictos de interés en los ámbitos de los negocios, de la política y el servicio público, así como en la relación entre éstos (art 1.º).

Efectuar un diagnóstico de los riesgos que afectan la probidad y la transparencia en el mundo de los negocios, la política y el servicio público, poniendo énfasis en aquellos elementos que se vinculan al tráfico de influencias, la corrupción y los conflictos de intereses y que debilitan la confianza en las instituciones privadas y públicas. (art 2 N.º 1).

Ya puede ser cuestionable una visión de gestión política en la que se recurre permanentemente a convocar comisiones asesoras que llenan de consejos, recomendaciones y líneas de acción que tienen mandatos poco claros, plazos

chileno. Premio nacional de humanidades y ciencias sociales de Chile en 2009; Daniel Zovatto: El único extranjero del grupo. Experto en Derecho Electoral e Internacional; Paulina Veloso: Ex ministra Secretaria General de la Presidencia del primer gobierno de Michelle Bachelet. <http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/03/674-620180-9-estos-son-los-15-integrantes-del-consejo-que-regulara-el-vinculo-entre-la.shtml> (acceso 16 de marzo de 2015).

insuficientes y conformaciones más que discutibles y, casi siempre, demasiado sesgadas.

En el discurso de constitución de este Consejo Asesor, la Presidenta Bachelet hizo patente el énfasis en la gravedad de la situación de los escándalos, al decir, que *“[e]stá en juego la democracia, pues su fortaleza descansa en la confianza de los ciudadanos. Está en juego la legitimidad de los negocios y del mercado, pues su eficacia radica en la expectativa de que ellos sean transparentes, y que no se pondrán en juego ventajas o mecanismos ilegítimos. Está en juego el rol del Estado, que depende de la imparcialidad de los servidores públicos para garantizar que las normas se apliquen por igual”*³⁰⁶.

Compartimos, la preocupación y el balance general que realiza la Presidenta, aunque iremos analizando en cada caso, si el diagnóstico y las medidas recomendadas se encuentran a tono con el nivel de la gravedad de los hechos que se describen y que debería, por la misma razón, ir al fondo del problema y no caer en una mirada ideológica y oportunista que no hará otra cosa que hacer perder más tiempo a todos para atender algo más que los graves síntomas de la enfermedad.

Es muy significativo en este contexto, entender el efecto nocivo de la corrupción, de horadar la confianza en la democracia y en sus instituciones, y en la misma convivencia de la población hace necesario repensar algunos ejes del desafío de combatir la corrupción decididamente, y en ello, advertir *“[l]a profunda brecha que se evidencia entre un marco institucional tendiente a reforzar la transparencia, y positivamente evaluado a nivel internacional, y la percepción de desconfianza transversal por parte de la ciudadanía parece responder, más que a una realidad experiencial, a una mirada de sospecha generalizada y, a la vez, a un cierto desconocimiento acerca de cuáles son los ámbitos en los cuales se han conseguido importantes avances”*³⁰⁷.

Nos parece fundamental entender que todo decanta en el eje central de la convivencia democrática, la confianza en las instituciones y en los demás, que son la base de la cohesión social como nación, que inciden significativamente en la economía,

³⁰⁶ Discurso de s.e. la Presidenta de la República, Michelle Bachelet, al constituir Consejo Asesor presidencial contra conflictos de interés, tráfico de influencias y corrupción Santiago, 10 de marzo de 2015.

³⁰⁷ Diario El Mercurio, Editorial 26 de abril de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/26/31314/Transparencia-y-confianza.aspx> (acceso 27 de abril de 2015).

en la paz social, la legitimidad de la democracia y, como afirmaba la Presidenta Bachelet, que dañar esa fe pública implica hacernos daño a nosotros mismos y por ello se requiere “*desarrollar una cultura y una ética de la transparencia que nos inspire siempre*”. Para que se ajuste a la par con los cambios de las diversas relaciones de lo público y lo privado.

Concluye la Presidenta que, debemos hacer de la transparencia y la probidad un modo de vida y que, la confianza depositada por la ciudadanía en sus representantes, debe ser respondido con más transparencia. Debemos, en todo caso, advertir en esta etapa preliminar de nuestros análisis que parece anunciarse que se usa la expresión transparencia de un modo indefinido, ambiguo e impreciso, tal vez por un descuido o quizás, por querer asumir que no sea necesario explicitarla, ya que todos estamos entendiendo lo mismo, sin embargo, no parece ser esto algo ajustado a la realidad.

El mandato, es proponer un nuevo marco que regule la transparencia en la actividad política, con lo que una buena oportunidad habría sido dar a la conformación de la Comisión una integración que incluyese a las principales organizaciones de la sociedad civil, que durante años han trabajado con dedicación y profesionalismo en las temáticas de la probidad y la transparencia, como Chile Transparente, Ciudadano Inteligente y Proacceso, así como de las principales universidades y expertos del país en las temáticas de probidad. No obstante ello, se advierte una intencionalidad, aunque se desconoce cuál puede ser el criterio de la exclusión y no se pueden entender las ventajas de hacer esta opción y en cambio se anticipan muchas desventajas en ello.

En paralelo y, como una medida que compensaba la exclusión de congresistas integrantes de partidos políticos en la Comisión Presidencial, el Congreso creó el 18 de marzo de 2015 una Comisión Especial de Probidad y Transparencia, el Presidente del Senado Patricio Walker, señaló que la “*creación de una Comisión Especial de Probidad y Transparencia, instancia legislativa que analizará los proyectos de ley sobre esta materia que se encuentren radicados en la Cámara Alta y que actualmente no pueden avanzar en las otras comisiones*”³⁰⁸.

Aunque la Presidenta hizo hincapié en la importancia de la forma y el fondo en la probidad y la transparencia al darle en encargo a la Comisión, la entrega del informe

³⁰⁸ WALKER, Patricio; http://www.senado.cl/confirman-creacion-de-comision-especial-de-probidad-y-transparencia/prontus_senado/2015-03-18/193019.html (acceso 23 de mayo de 2015).

final, no fue público ni transparente, sino secreto y en reserva, para una vez analizado darlo a conocer a la ciudadanía, dejando a través de ello una expresa constancia de un sello de no querer levantar los velos hasta un balance preliminar, evitando daños colaterales comunicacionales, y revelando un compromiso débil con el objetivo principal del mandato del Consejo. Creemos que no existen razones ni justificaciones, para postergar ni condicionar algo que, por su propia naturaleza, le pertenece a la ciudadanía y no al Gobierno.

Aunque en el discurso de recepción del informe, se hizo un reconocimiento del tipo *mea culpa* colectiva y no uno personal, de falta de probidad, señalando “*pudimos hacer más para que prime la transparencia en la relación entre política y negocios (.) no siempre supimos -ni supe- condenar con fuerza y a tiempo los modos éticamente imprudentes de hacer negocios*”. El Diario El Mercurio, coincide en no justificar la reserva del informe final, “*es lamentable, en momentos en que se promueve mayor transparencia y participación, que el texto no se haya conocido públicamente apenas entregado a la Presidenta Bachelet*³⁰⁹”. Aunque si se valora la instancia, pero no la desconocidas conclusiones que no pueden ser evaluadas, porque no fueron entregadas a la opinión pública con total inmediatez y transparencia.

La crisis institucional, desatada por varios casos de tráfico de influencias y financiamiento irregular e ilegal de la política, ha terminado por afectar la institucionalidad y herir de gravedad a la confianza de los ciudadanos, entre ellos y, de éstos con la democracia representativa, “*las desconfianzas, tanto en el gobierno (que asciende a 70% según la OCDE) como la interpersonal, que es la más baja de los países de dicha organización, corren como reguero de pólvora en forma de sospecha*”, se aprecia como un efecto muy claro una menor participación en las elecciones, fenómeno que es compartido en varios países y la solución parece ser que “[a]sí como se suele señalar que los problemas de la democracia se arreglan con más democracia, se repite que los de falta de transparencia se solucionan con más transparencia. ¿Será tan así? Sacar algo de la opacidad ¿implica necesariamente prevenir y frenar la corrupción?”³¹⁰.

³⁰⁹ Diario El Mercurio Editorial, 25 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/25/31275/Informe-de-comision-anticorrupcion.aspx> (acceso 26 de abril de 2015).

³¹⁰ Diario El País, FERNÁNDEZ, MA DE LOS ÁNGELES http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/10/actualidad/1428676535_885584.html (acceso 12 de abril de 2015).

Nos pregunta María de los Ángeles Fernández, al afirmar en su columna que la sociedad parece ser que está “*loca por la transparencia*”.

La corrupción que tendría Chile, es de un tipo que se observa en países más desarrollados, son prácticas y conductas menos visibles y más sutiles “[...]es una corrupción más grande y sofisticada que se da con el financiamiento de campaña³¹¹” Alejandro Salas, Director de Transparencia Internacional para América Latina, estima que es algo básico, que el ciudadano debe saber quién está dando dinero a la campaña de qué candidato, para poder monitorearlo después.

3.11.2 Confianza, corrupción y transparencia

En el mes de abril de 2015, en cuanto a “*cómo restablecer la confianza. Solo el 28% estima que el país “va por buen camino” (Encuesta Cadem). El 73% desaprueba a la Nueva Mayoría y el 74% a la Alianza. La desaprobación a la Cámara llega a 77%, y al Senado, a 74% (Adimark)*”, los pesimismos están acrecentándose, y los temores de que el “remedio sea peor que la enfermedad”, que afirma Arturo Fontaine, la causa y el daño más irreparable es no tener una base común sobre el cual construir nuevas confianzas, “[l]o que socava la confianza en las instituciones y autoridades, y lleva al atajo populista, es la sospecha del gato encerrado³¹²”, el temor, es que la ley no se aplique con un criterio de igualdad a los poderosos que la han quebrantado, la repetida confianza en las instituciones que nadie sabe a ciencia cierta de qué estamos hablando, pero se espera que las instituciones republicanas actúen, olvidando que detrás de las instituciones hay personas, funcionarios y una sociedad, cuyos valores son más o menos compartidos por todos los habitantes, y en este proceso no hay atajos, y Fontaine reafirma que, “*hay que investigar, transparentar lo que pasó sin magnificarlo ni minimizarlo, sin exagerar ni ocultar, y sancionar según disponga la ley los distintos casos, pues lo son*”.

Como hemos afirmado ya, la corrupción y la percepción de acciones, por parte de funcionarios o empresarios, depende mucho de la calificación de las normas, pero también depende de la percepción subjetiva que tienen los ciudadanos de estos actos,

³¹¹ Diario El Pulso, ALEJANDRO SALAS Miércoles 13 de mayo de 2015.

³¹² FONTAINE, Arturo; Diario El Mercurio, 11 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/11/30903/Cuando-el-remedio-es-peor-que-la-enfermedad.aspx> (acceso 12 de abril de 2015).

por ello, la educación y capacitación tienen un rol muy significativo y de efecto expansivo, en este sentido nos parece lamentable, pero de mucho interés, cómo la población de la ciudad de Santiago de Chile se ha ido poco a poco acostumbrando a conductas de deterioro creciente de malas prácticas y mucho peor que esto, a que se trate de algo cotidiano, la implementación del nuevo sistema de transporte público de la ciudad de Santiago, que se implementó en 2007, con la llegada del primer gobierno de Bachelet, el problema fue que, fruto de varios defectos de diseño su implementación fue desastrosa y generó un gran malestar en los usuarios, con ello comenzó a repetirse masivamente una conducta de no pagar en el transporte público y esto implicaba en la práctica que las personas pasaban libremente y frente al chofer y frente a la mirada de los demás pasajeros, con el paso de los años y a pesar de sendas campañas contra la evasión y de aplicación de multas, el resultado ha sido un empeoramiento de las cifras de evasión, y ello ha supuesto una “escuela diaria de evasión”, en 2014 fue la más alta registrada, de un 24,2% en el año, la editorial de un medio escrito ha señalado que *“[e]n un momento en que el país está preocupado del mal uso de facturas o boletas con las que se descuenta de manera irregular la base imponible de algunas compañías, y con ello el monto de sus impuestos, el no pago por el transporte público se inscribe en un cuadro de descomposición ética similar³¹³”*.

Algo que puede servir de ejemplo para aventurar que la transparencia de los hechos indebidos o corruptos puede no ser del todo una solución, sino existe la reprobación moral y cultural correspondiente, lo que puede ser un enorme desánimo para los que creemos que tiene un valor fundamental, aunque ni con mucho, se trata de una receta que resuelve el problema de fondo. Existe una incidencia muy determinante en la percepción y reproche de la ciudadanía de las malas prácticas en cualquier contexto y no basado en la conveniencia o lejanía de los actos, la cultura de la probidad, será determinante en ello.

El Senado chileno, tenía en marzo de 2015, un total de 31 proyectos relacionados con la probidad y la transparencia (regulación del financiamiento de las campañas electorales y los aportes reservados de personas jurídicas; reforma constitucional que consagra la definición de la transparencia y cambia las atribuciones

³¹³ Diario El Mercurio Editorial, 4 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/04/30708/Escuela-diaria-de-evasion.aspx> (acceso 6 de abril de 2015)

del Tribunal Constitucional; mecanismo que incorpora a las empresas del Estado que las incluye en la transparencia pasiva; norma que configura nuevos delitos electorales por medio de candidatos o personas de su candidatura; proyecto que regula las declaraciones de patrimonio e intereses), lo que implica una enorme recarga en las comisiones técnicas legislativas, ampliando las personas obligadas a un esquema de fideicomiso ciego que administre sus patrimonios mientras desempeñen sus funciones). Es muy clarificador aportar en esta observación, que la velocidad de debate de los proyectos, depende del Ejecutivo que tiene un rol de co-legislador muy determinante, si no hay interés en el Presidente, no existen posibilidades ciertas que un proyecto legislativo avance adecuadamente, por lo que el retraso, puede atribuirse exclusivamente al desinterés del Poder Ejecutivo de Chile.

El 18 de marzo de 2015, la Presidenta Bachelet, anuncia una primera medida que anticipa varias otras, para mejorar los estándares existentes mediante el “*Instructivo Presidencia sobre Buenas Prácticas en Materia de Declaración de Intereses y de Patrimonio*”, a través de este instructivo, se obligará a los Ministros de Estado, directores de empresas estatales e inclusive los Rectores de Universidades Públicas para que presenten una declaración patrimonial y de intereses antes de un mes de plazo. Se trata de incluir a los funcionarios de confianza, que hayan sido designados directamente por el Presidente y se mantengan ahí, mientras cuenten con su confianza.

Se espera que este texto considere también a los funcionarios que son contratados en base a honorarios y que no se encuentran sujetos a esta obligación, por el solo hecho que su remuneración sea equivalente al tercer nivel jerárquico del ministerio o servicio. Una interesante novedad, es que este instructivo presidencial que comenzó a debatirse a fines de marzo de 2015, hace extensiva la obligación a entidades en las que el Estado está realizando aportes mayoritarios, tenga representación o participación y que se espera que estas medidas se hagan en el mediano plazo extensivas a entidades aún no incluidas, tales como la Contraloría General, Banco Central, Ministerio Público y las Fuerzas Armadas.

En todo caso, se ha criticado el reducido rol del Congreso por un sistema con histórico énfasis presidencialista, en que el ejecutivo es un colegislador muy relevante, pero el riesgo del deterioro de las instituciones y de los partidos políticos, no puede dejar a nadie excluido de su participación proactiva.

Del mismo modo, se espera que, según se anunció, las declaraciones patrimoniales sean más descriptivas y mejor representativas de su objetivo, y no se limiten a incluir los activos que se posean directamente sino que también se describan patrimonios que se posean a través de terceras entidades jurídicas, que hasta ahora no se detallan, generando en muchos casos de grandes patrimonios una verdadera irrelevancia de la declaración.

El sector privado, en especial, los principales gremios de las industrias han acusado recibo de la mala imagen que están proyectando por algunos de los asociados que se han visto involucrados en casos de fraudes tributarios o malas prácticas.

En efecto, la Confederación del Comercio y de la Producción (CPC), ha señalado que tomará acciones contra los asociados involucrados en casos, congelando su membresía en el evento de ser implicados en procesos (imputados o formalizados) o incluso expulsados en casos de condenas judiciales, sin embargo la prensa ya ha señalado algunas críticas por establecer estándares éticos muy bajos “[...] pareciera equiparar los estándares éticos con el cumplimiento de normas legales, cuando esto último representa el mínimo exigible. No se debe excluir que actuaciones ajustadas a la ley puedan constituir una falta a la ética de la actividad que representa un gremio”³¹⁴.

El retraso en asumir un rol clave del sector privado chileno, ha sido incomprensible y de graves consecuencias por no marcar una tarea que ya tenía advertencias previas de malas prácticas y de un posible problema sistémico, que fue considerado como algo puntual y no un problema que requería una visión y atención gremial transversal, con una mezcla de falta de visión e incluso poca sinceridad, que no requieren mayor comentario.

La banca chilena, por su parte, que es un área de abundante regulación y supervigilancia gubernamental, también realiza su propio diagnóstico y comprende, bastante tarde, la necesidad de actualizar un estatuto de ética y de buenas prácticas, el presidente de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (ABIF), Segismundo Schulín-Zeuthen “*la crisis de confianza producida por los tres principales casos de connotación pública -Penta, SQM y Caval- no es de exclusiva responsabilidad de la banca, pero es claro también que la industria ha sido cuestionada por aspectos relacionados con*

³¹⁴ <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/03/16/30197/Inquietud-etica-de-los-gremios.aspx> (acceso 16 de marzo de 2015).

*estos hechos*³¹⁵”, esta afirmación contiene cierta novedad, se admite que existe una vinculación con la promoción de la libre competencia y como se reconoce que “[h]oy es el tiempo de mejorar los estándares de ética y de transparencia”. Se puede entender por qué hoy es urgente hacerlo, pero no se puede hacer lo mismo, cuando se trata de apreciar porqué ayer o hace pocos años, no era algo merecedor de una mayor preocupación y regulación por parte del sector privado.

¿Qué faltaba para hacer ajustes y correcciones? un escándalo de proporciones. Ello solo nos puede llevar a la conclusión que, este tipo de reformas “reactivas”, implican que los gremios privados parece que no entendieron la importancia de la probidad y la transparencia como una necesidad vital, esencial y de la misma relevancia que se asignaba a los resultados de última línea del balance y del crecimiento. No puede existir éxito empresarial sin probidad y adecuada transparencia.

La probidad, no puede ser un tema que debe quedar alojado en los departamentos de marketing, como ha sido la tónica hasta hoy, en la que los lucrativos cargos de asesores de Responsabilidad Social Empresarial, y otras asociaciones como Acción RSE³¹⁶, se empeñaron por décadas hacer creer que buscan promover la ética y la probidad, cuando pudiera creerse que más parecen querer esconder la relevancia de la probidad como hecho sustantivo y determinante para la fortaleza de las instituciones, más allá de un mero slogan publicitario.

Del mismo modo, parece ser que fuera tranquilizador y suficiente quedarnos solo en la sanción ex post, por casos graves, cuando no se está promoviendo acciones educativas y preventivas de malas prácticas, no debe olvidarse que la probidad, es un rasgo esencialmente cultural de las sociedades y debe corregirse mucho antes que se vuelvan conductas generalizadas o que se caiga en excesos, tolerados por los pares. La editorial del diario El Mercurio, es muy explícita en ello, al señalar que “[...] un requisito previo a la práctica sancionatoria de sus miembros es el que las propias asociaciones empresariales asuman, entre sus obligaciones, las de velar y promover la libre competencia. Deben quedar en evidencia aquellas organizaciones que bajo una equivocada defensa de los intereses de sus miembros terminan avalando conductas anticompetitivas.

³¹⁵ <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/11/30905/Estatuto-de-buenas-practicas-para-bancos.aspx> (acceso 12 de abril de 2015).

³¹⁶ <http://www.accionrse.cl/> (acceso 5 de julio de 2015).

Combatir, denunciar y prevenir esas conductas es una de las primeras tareas que deben asumir los dirigentes gremiales de cualquier organización empresarial”.

El impacto de los graves casos conocidos por la prensa, afectaron gravemente la imagen empresarial y que, según Generación Empresarial, se requiere que todo el sector tenga un diagnóstico compartido y *“sea capaz de alinear a los suyos en visiones valóricas y éticas comunes, y esboce un plan de trabajo basado en compromisos y acciones que hablen por sí mismas, porque así y solo así será factible recuperar la legitimidad social de la empresa”.*

Se requiere una mirada integral y ya no esquiva de las responsabilidades, es para este grupo *“imperativo entender el problema como global: todos sufrimos las consecuencias y debemos ser protagonista de las soluciones, tomando la responsabilidad en nuestras manos y actuando desde nuestros propios roles”*³¹⁷. Llamando en su invocación a “salir del estupor”, ya que la sociedad se muestra paralizada respondiendo con inacción ante los escándalos, lo mismo se observa en el ámbito político, que se niega a reconocer la existencia de prácticas indebidas e inaceptables, de financiamientos con empleo masivo de conductas con fraude tributario para levantar fondos para la actividad política.

Genaro Arriagada, experto en política, agrega que *“es el campo de la transparencia en las empresas privadas y la sanción de conductas no éticas, ilegales o el atropello de los derechos de accionistas minoritarios o consumidores. Aquí estamos pagando un ideologismo, y es que en las empresas privadas era innecesaria una legislación sobre probidad y transparencia, pues en ellas los gobiernos corporativos, la competencia y el mercado bastaban para asegurarlas”*³¹⁸.

Se habla que la sociedad chilena se encuentra paralizada y sus líderes políticos, en particular la Presidenta se encuentran inmovilizados sin saber qué acciones tomar, se sugiere asimismo de un posible acuerdo político para borrar las sanciones de los involucrados en los casos de corrupción, cosa que a todas luces parece algo impracticable y de poca prudencia de intentar, para salir de este “marasmo”, nos

³¹⁷ Diario El Mercurio Lunes 20 de abril de 2015, SAID GONZALO, DAVIS, NICHOLAS Y VALENZUELA, PAULA <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/20/31152/Salir-del-estupor.aspx> (acceso 26 de abril de 2015).

³¹⁸ ARRIAGADA, Genaro; Diario La Tercera 17 de abril de 2015, <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2015/04/895-625768-9-oportunidad-tras-la-crisis.shtml> (acceso 19 de abril de 2015).

sugiere el ex ministro del Tribunal Constitucional y ex Subsecretario de Interior Jorge Correa, debe producirse un relato de lo ocurrido, enfrentar el problema directamente, parece que la culpa la tiene el que conozcamos lo que muchos sabían o intuían, y difícilmente, las autoridades políticas desconocían, “[l]o que estaba oculto sale a la luz, paralizando la actividad política de moros y cristiano³¹⁹”, consideramos inexcusable que más de la mitad del Congreso Nacional fuera financiado por pocas empresas con uso frecuente y masivo de instrumentos tributarios repartidos entre familiares, asesores y cercanos, y que ahora nos sorprendamos, la transparencia nos lanza una provocación, el secreto a voces, era cierto, aunque, claro, cinceramente no conocíamos su detalles.

Aunque puede parecer un retroceso, casi al unísono, el Poder Judicial de Chile, por decisión del Presidente de la Corte Suprema, eliminó el acceso a la búsqueda de las causas por número de RUT/RUN (registro de identificación nacional), que estaba abierto a cualquiera y permitía buscar la existencia de causas seguidas en contra o promovidas por alguna persona, lo que fue resuelto luego de un informe de la Comisión de Transparencia del Poder Judicial³²⁰, que consideró que existían denuncias por mal uso de la información, ello a contar del 1 de abril de 2015. Es decir, que la información que de hecho es pública, la existencia de causas judiciales seguidas por medio de un sistema que se encuentra regulado por ley, sería nocivo para las personas y potencialmente afectara la discriminación de éstos [sic]. No parece justificado, ni beneficioso para nadie, el hecho de reducir el acceso de causas que, además tenía varios años de regularidad en su funcionamiento.

En este debate de la sociedad, que sin duda es muy positivo, significativo y pertinente, aunque no tan oportuno, por lo tardío de las reacciones de condenas gremiales, algunas de ellas muy blandas y poco comprometidas con la gravedad, parece olvidarse, la necesidad de mejorar los estándares informativos de las instituciones gremiales, que han mantenido por décadas una conducta de sigilo y de alianzas y

³¹⁹ Diario El Mercurio 4 de abril de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/04/30713/Virtudes-para-salir-del-marasmo.aspx> (acceso 6 de abril de 2015).

³²⁰ http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/poder-judicial-elimina-busqueda-de-causas-por-rut-a-traves-el-portal-web?redirect=http://www.pjud.cl/noticias-del-poder-judicial%3Fp_id%3D101_INSTANCE_kV6Vdm3zNEWt%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2 (acceso 6 de abril de 2015).

conversaciones en otros foros, no públicos y, aunque no puede sospecharse asumiendo por ello que, se trate de actos delictivos, es claro que no favorecen a la confianza del mercado, ni de la ciudadanía.

El rol de capacitar a los funcionarios y ejecutivos en temáticas de probidad y transparencia lo consideramos indispensable y no puede pensarse que se trata de un tema de “otros” o de “los corruptos”, sino que debe incluirse una labor educativa, de debate y de mejoramiento constante de estándares y debe observarse normativas y prácticas comparadas en los países, donde ya se han resuelto de mejor manera, problemas similares. No se trata, como ya se ha advertido, de condenar y acusar, sino de sensibilizar y de mejorar en un proceso constante sobre materias que a todos concierne y su mal manejo afecta a la sociedad como un todo, sin excepciones.

3.12 Perspectiva regional

El deterioro de la percepción de la corrupción y los graves escándalos, desgraciadamente, no son patrimonio de un país o de una región, en un artículo en la revista inglesa *The Economist*³²¹, se detalla los graves y recientes casos de corrupción en la región de América Latina, los noticiosos casos de la empresa de petróleos de Brasil (Petrobras), que generaron millonarias manifestaciones en todo el país por la molestia causada por una compañía que, hasta hace poco era un ícono del desarrollo de la economía y de las potencialidades del futuro progreso de la nación brasilera.

La resistencia a la corrupción en la región de Latinoamérica, tiene larga data y grandes fracasos, se señalan casos como el de México y los espantosos crímenes de inocentes y las guerras de pandillas, según los índices disponibles de 2014 de percepción de corrupción, el porcentaje de la población que ha sido víctima de la corrupción en Chile, es el menor con un 5,3% y, el mayor de la región, es Paraguay con un 28,1%, de victimización de delitos de corrupción. En relación con la percepción de la corrupción Chile y Uruguay, son los que aparecen en mejor ranking y quedan ambos dentro de los 30 mejores del mundo, siendo los peores Paraguay, Venezuela, Honduras y Nicaragua, todos por sobre el niveles superiores a 150, quedando en el último segmento que llega a 175 países. Los costes de la ineficiencia

³²¹

<http://www.economist.com/news/americas/21646272-despite-epidemic-scandal-region-making-progress-against-plague-democracy> (acceso 16 de marzo de 2015).

que genera la corrupción y la existencia de intermediarios aunque se trata de una cifra imprecisa e imposible de certificar, se acercan al 2% del Producto Nacional Bruto.

Los países han desarrollado mejores mecanismos para luchar contra la corrupción con mayores sanciones y la creación de instituciones judiciales y persecutorias más capacitadas y con mejores instrumentos legales, aunque el texto no se menciona los aportes que han supuesto la creación de instancias y mecanismos que mejoran el acceso a la información pública, es claro, que uno de los mayores logros de la región es, precisamente la creación y el impulso de normativas y la promoción de la transparencia.

El texto de *The Economist*, advierte que, a medida que Latinoamérica se vuelve más rica, su población se encuentra mejor educada y resulta más igualitaria, los ciudadanos presionarán con mayor dureza por políticos y funcionarios más honestos y, para Mauricio Merino, la democracia estaría funcionando en el largo plazo, en la dirección correcta.

Otros expertos, nos agregan una visión regional, Carlos Pagni afirma que, “[u]n fantasma recorre el sur de América Latina: el fantasma de la corrupción.³²²”, como si se tratara de algo novedoso en la región, pero la situación de menor crecimiento, la haría más perceptible o intolerable, califica el caso de Chile, como si se tratara de una “pesadilla inesperada”.

Nuevamente, como si fuera toda una sorpresa, los casos que se han levantado y que llevan décadas como secreto a voces. Y como se trata siempre de casos comparativos, para Brasil y su Presidenta Dilma Rousseff, los casos menores (por que se ven montos involucrados comparativamente bajos), serían un “juego de niños, al lado de su propio terremoto de Petrobras”.

3.13 Financiamiento de la política

La presión por cambios legislativos ha crecido en el país, a medida que se hacen más evidentes casos graves de tráfico de influencia o de otras formas de corrupción, aunque existen varios proyectos que están desde hace tiempo, demasiado retrasados en

³²² Diario El País, 30 de marzo de 2015 http://internacional.elpais.com/internacional/2015/03/30/actualidad/1427747750_457825.html (acceso 6 de abril de 2015).

el Congreso, “[l]amentablemente, en el último tiempo, los proyectos que se han enviado al Congreso han avanzado de manera muy lenta o sencillamente no han estado entre las prioridades legislativas. Al no ser asuntos políticamente atractivos, quedan postergados frente a otras iniciativas que parecen o son más cercanas a los intereses inmediatos de la ciudadanía. Y, sin embargo, la experiencia de episodios anteriores de corrupción y el impacto a propósito de los últimos casos revelan el elevado costo que tiene el descuido de estos esfuerzos para el mundo político”³²³.

La editorial del Diario El Mercurio, hace ver la urgencia de abordar los problemas de probidad, desde una mirada más integral y comprehensiva y analizando sistemáticamente las áreas de riesgo, criticando que hasta la fecha, no se ha abordado de manera integral.

En verdad, parece que nuestro país se ha conformado con los históricos datos comparativos de la región en los que, generalmente, aparece en los primeros puestos y de esta manera, ello implicaría una forma de consuelo, como si solo se tratara de “ser menos corrupto que otros”, cuando la tendencia debe ser mucho más clara y decidida, debe tenderse al nivel de “cero corrupción”, que aunque sea un deseo imposible o utópico, debe al mismo tiempo, ser una lucha constante y que debe renovarse con los cambios de conductas.

Aunque la transparencia se la entiende incluida en este proceso de lucha contra la corrupción, el mismo periódico, advierte que una total transparencia de los financiamientos de la política podría no ser del todo adecuada, ya que podría facilitar la extorsión y relevaría las referencias políticas de personas que no tienen deseo de hacerlas públicas. Debe ciertamente, evaluarse este tema de manera integral y evitar distorsiones que comúnmente se cometen en los extremos, restringir los aportes y dejar fuera que la sociedad contribuya a la política, no parece algo adecuado, al mismo tiempo, los riesgos del clientelismo, en el que seguramente pueden caer los partidos que son financiados por pocos empresarios o privados, que por mucho que adhieran a los principios postulados por un partido político, pueden con alta probabilidad, tratar de manipular o influir en sus comportamientos, elecciones o la manera en que votan los representantes en el Congreso, cuando no esten conforme a los intereses o negocios de los financistas.

³²³ <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/03/17/30219/Transparencia-en-el-pais.aspx> (acceso 18 de marzo de 2015).

Otra editorial, de uno de los medios más relevantes del país, ha criticado los riesgos de restringir el financiamiento que *“excluya de plano el aporte de empresas y personas, no haría más que otorgar un riesgoso monopolio al Estado en esta materia y dejaría las puertas potencialmente abiertas para el financiamiento con recursos de origen ilegal”³²⁴*. Aunque nos parece, significativa y oportuna la advertencia, no puede dejar de sorprender que el titular de la editorial es “Transparencia y resguardo de las instituciones”, sin embargo, no existe mención a las medidas de transparencia, ni siquiera al empleo del concepto dentro de su texto con lo que pareciera que la editorial, no considera que la transparencia es verdaderamente una de las herramientas significativas en entre las soluciones del problema que afecta gravemente a las instituciones republicanas en Chile. Esta observación es aplicable a muchos debates y publicaciones que recurren al empleo del concepto de la transparencia como un medicamento genérico para todas las enfermedades, pero sin la correcta aplicación ni bajo un diagnóstico acertado del problema de la corrupción y sus causas.

La transparencia parece ser uno de los ejes del debate, pero no se ve que exista un análisis profundo de lo que ello implica, se observa un uso genérico y, tal vez, vacío del término, en el que la transparencia es un escudo y un salvavidas. La Presidenta Bachelet, también recurre a este recurso, ante los graves casos de corrupción que afectaban a su entorno cercano, señaló que *“[q]uiero ser muy clara en decir que mi Gobierno tiene un compromiso profundo con la transparencia frente a los hechos que hemos conocido”* y, recalcó para ser aún más clara, respecto de las sospechas de imparcialidad, *“[a]cá no hay ciudadanos de primera o de segunda, frente a la justicia somos todos iguales”*.

Un aparente diagnóstico superficial, parece llevarnos a que se trata solo de un problema de proveer mayor transparencia, esto es, incluir mayores flujos de información y mejorar las declaraciones patrimoniales, y con ello se resuelven los problemas de probidad, pero no todos coinciden con este diagnóstico, basado en principio aparentemente más optimista, habría una crisis de corrupción más sistémica en Chile, una “crisis estructural y corrupción institucionalizada”, en el diagnóstico que realiza el sociólogo Manuel Antonio Garretón, que señala, *“[p]ero los actores económicos y políticos se desempeñan en un sistema basado en la corrupción tal cual la hemos definido”*.

³²⁴ Editorial Diario la Tercera, domingo 22 de marzo de 2015 <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2015/03/894-621983-9-transparencia-y-resguardo-de-las-instituciones.shtml> (acceso domingo 22 de marzo de 2015).

*En este sentido, la corrupción institucional o estructural va mucho más allá de las cuestiones de probidad y transparencia, aunque pueda incluirlas*³²⁵.

En su perspectiva, se requiere incluir sanciones más duras a los infractores de las normas de transparencia electoral, es decir, aplicar sanciones penales.

En cuanto a la libertad de expresión y la competencia, señala Rosanna Costa que *“[e]n lo que estamos de acuerdo es que se requiere un mecanismos que garantice la competencia política y respete la libertad de expresión, y un sistema de disuasión eficaz para la corrupción y el cohecho, sin afectar derechos esenciales, como la participación ciudadana*”³²⁶.

En todo caso, ella misma, argumenta que no está demostrado que deben establecerse limitaciones al aporte global, ya que no estaría asociado claramente con la corrupción, y sería por ello, un error y una limitación al derecho de expresión.

3.14 Alta Dirección Pública: La selección de los mejores para el Estado

La transparencia, es un tema no solo recurrente sino también transversal, en cuanto a las invocaciones de todos los sectores y, además en cuanto a las áreas temáticas, cuando no se habla de ella en el rol de los funcionarios públicos, se la busca en los temas más técnicos, y en la estabilidad de la normas que deben aplicarse, por ejemplo, en las designaciones de los funcionarios de la Alta Dirección Pública.

Esta entidad que se creó durante la administración del Presidente Ricardo Lagos, con el objetivo de incluir en un proceso de selección pretendidamente más objetivo y técnico y que asegurase no solo imparcialidad, sino que una menor posibilidad de manipular e inducir a la selección de los candidatos más idóneos y no los más cercanos políticamente. A 10 años de esta significativa reforma legal, cerca del 85% de los candidatos seleccionados fueron removidos por el gobierno en el primer año de la Presidenta Bachelet, utilizando el mecanismo que la misma ley les otorga y luego, se designa interinamente al candidato que mejor se acerca a las expectativas ideológicas, el que generalmente termina siendo seleccionado al cabo de un proceso que pareciera

³²⁵ GARRETÓN, Manuel Antonio; El Mostrador 23 de abril de 2015 <http://m.elmostrador.cl/opinion/2015/04/23/crisis-estructural-y-corrupcion-institucionalizada-como-se-sale/> (acceso 26 de abril de 2015)

³²⁶ COSTA, Rossana; Diario La Tercera Domingo 5 de Julio de 2015, Negocios pág. 7

ofrecer ciertas garantías, pero las valoraciones son hasta ahora crecientemente negativas, y su Presidente Rodrigo Egaña plantea la necesidad de la “modernización y transparencia” de la Alta Dirección, señalando que, ante la crisis institucional existe también una oportunidad de enfrentar la desconfianza y mejorar los actuales mecanismos, y “*robustecer la necesaria confianza de los ciudadanos en la función pública y en sus instituciones*”.

Los procesos de selección y evitar que los partidos de gobierno no sean verdaderos propietarios de las designaciones de las funciones más altas del Estado es sin duda un requerimiento y Víctor Lapuente, lo afirmaba así en el año 2009, cuando preguntaba ¿por qué hay tanta corrupción en España?, su respuesta, se enfocaba precisamente en que la causa estaba en que “[l]a principal causa de los escándalos es el alto número de cargos de designación política en las instituciones nacionales, autonómicas y locales. Son redes clientelares que viven de que su partido gane las elecciones”³²⁷.

El sistema de selección, aunque con defectos, ha realizado una “[...] contribución a la profesionalización del empleo público, la probidad, la transparencia, la eficiencia y la rendición de cuentas ha sido reconocida transversalmente”³²⁸. Parecen demasiados logros, para un sistema que no ha demostrado hasta ahora un éxito indiscutido ni la aceptación transversal, el alto número de designaciones que coincidieron con los “favoritos”, y que además gozaban de la condición de “interinos”, parecen no coincidir con las apreciaciones del Presidente y que considera que el sistema no está funcionando de acuerdo a un estándar máximo y no uno de conformismo.

El sistema de selección, debe fomentar la identificación a los mejores y con un control absoluto de intervención política, no debe permitirse que los gobiernos de turno puedan modificar las agendas técnicas y de conducción del Estado, mediante el favoritismo o los familiares. La aceptación de cualquier margen menor, es contrario a lo que se debe esperar de quien tiene a su cargo el Bien Común y, significaría una seria derrota del conformismo y la mediocridad. Nuevamente podemos observar como la transparencia se invoca de manera genérica y como un objetivo romántico y deseable

³²⁷ LAPUENTE, Víctor; Diario El País 27 de marzo de 2009 http://elpais.com/diario/2009/03/27/opinion/1238108412_850215.html (acceso 3 de abril de 2015).

³²⁸ EGAÑA, Rodrigo; Alta Dirección Pública: Modernización y Transparencia en el Estado, Diario la Tercera, 29 de Marzo, Negocios pág. 10.

para mejorar los estándares de una política pública.

3.15 Transparencia, un término empleado en sentidos diversos

Basta remitirse a los principios esbozados por Naciones Unidas en la Convención contra la Corrupción, aunque parecen ceñirse a un modelo más bien preventivo y declarativo, de mantener “[...] *políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas*”³²⁹.

La aproximación de la Convención, parece ser correcta, cuando entiende que se trata de una tarea que comprende al sector público (art 7.º), al sector privado (art 12.º) y a la sociedad civil (art 13.º). Se trata como, nuevamente podemos reafirmar, de un tema cultural y transversal, los gobiernos ya entendieron, aunque no siempre lo apliquen así, que deben “*adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.*”³³⁰ Debe promoverse la competencia y criterios objetivos y que sean eficaces para prevenir, cuando no evitar, la corrupción, el rol de la información debe abarcar “*incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones*”³³¹.

Distinto énfasis, tiene la Convención Interamericana contra la Corrupción, que parece querer evitar toda mención a un rol de la transparencia, la información o el acceso a la información pública en la tarea preventiva y que se enfoca exclusivamente en la sanción, la identificación de los actos de corrupción, el enriquecimiento ilícito y las tareas de los Estados de cooperación y asistencia y la extradición.

Lo que parece haber fallado, no sería tanto el mercado, sino la política, afirmaba John Muller, para él, “[l]o que más llama la atención de los casos de corrupción recientes en Chile es la implicación de funcionarios públicos y lo poco que se habla de medidas para mantener su probidad. ¿Ha realizado el Servicio de Impuestos Internos una investigación introspectiva?”³³².

³²⁹ Artículo 5.º Convención ONU contra la Corrupción.

³³⁰ Artículo 7.º n.º 4, Convención ONU contra la Corrupción.

³³¹ artículo 10.º Convención de ONU contra la Corrupción

³³² MULLER, John; Diario El Mercurio 25 de marzo de 2015

Este periodista que utiliza el ejemplo del deterioro de la política y los casos graves de corrupción de España, señala que la transparencia en el financiamiento de la política norteamericano, *“financiación política, basado en la libertad y transparencia total está funcionando y genera menos corrupción que el modelo de intervención pública”*, su planteamiento se opone a lo que ha planteado el Presidente del Consejo de Corrupción presidido por Engel, que ha optado por preferir una alternativa de financiamiento absoluto del Estado y excluyente de toda otra financiación de origen privado, ello constituye una nueva actitud de desconfianza y de soluciones binarias, ya sea que se opte por localizar todo en el Estado o todo privado, sin incluir matices o mecanismos de registro y control de otras fuentes, pero tampoco comparte esta perspectiva el ex Presidente Ricardo Lagos, quien se muestra partidario que los privados también concurren a un financiamiento mixto.

La sola mención de la expresión corrupción, pone a todos en señal de alerta como si fuera muy claro para cada uno de qué se trata y cuáles son sus costes y, aunque pueda parecer reiterativo creemos necesario recalcar los costes de la corrupción, que son mucho mayores que los costes monetarios, Jesús Lizcano, refuerza la idea al explicar que la corrupción *“genera, por otra parte, grandes cantidades de dinero opacas, que incrementan la economía sumergida, lo cual viene a reducir sensiblemente los ingresos públicos, originando así una mayor carga fiscal sustitutoria para el conjunto de los contribuyentes”*. Y, como si no fuera suficiente advertencia, agrega que *“impide la libre competencia y las reglas del juego democráticas, generando importantes ineficiencias y costes económicos, de confianza, etcétera, y reduce ostensiblemente la efectividad y calidad de las políticas económicas”*. Y que asimismo, *“ahuyenta a los potenciales inversores, en primer lugar, por razones éticas, ya que hay un creciente número de fondos de inversión y empresas con planteamientos o códigos éticos, que eluden cualquier vestigio o riesgo de corrupción; y también por razones pragmáticas [...]”*.

Como si fuera necesario agregar algo, ya que con ello ya tenemos suficiente, debe incluirse la perspectiva política de sus externalidades negativas, sobre la clase política, los funcionarios y la que *“genera una amplia desconfianza en la clase política y una sensación de impunidad que hace que los ciudadanos se alejen cada vez más de los políticos, y lo que es peor, tengan una sensación de fatalismo y una cierta creencia de que los políticos*

<http://www.elmercurio.com/blogs/2015/03/25/30440/En-Chile-ha-fallado-la-politica-no-el-mercado.aspx> (acceso 29 de marzo de 2015)

*son todos iguales*³³³. Conformando por todo ello, para Lizcano, se trata del mayor desafío del siglo XXI para nuestra sociedad.

Otra editorial, también reflexiona respecto de ello y que llama a procurar mayores estándares de probidad, y reflexiona respecto de, si se trata de un aumento o si por el contrario se trata de la percepción ciudadana y que los casos conocidos, no son de apropiación de dineros por parte de los funcionarios implicados, sino que otro tipo de violaciones de las normas, al mismo tiempo, compara los casos de los países de la región con lo que parece suponer que no debe existir una autocomplacencia, “[t]odas estas realidades no se pueden minimizar y hay que combatirlas, pero también se deben aquilatar en su justa dimensión. Es más, en los últimos años, la percepción social se ha vuelto más severa frente a estas situaciones y son muchas las iniciativas legales que han perfeccionado los estándares y las herramientas legales para perseguir y sancionar las malas prácticas, sean en el ámbito público o privado”³³⁴.

El debate de la opinión pública y de los políticos en Chile, se ha engrosado y dividido entre los que ignoran o niegan su relevancia o el valor de la transparencia, o solo la incluyen en su titular y hacen un uso mediático de ella y, finalmente, aquellos que parecen ver en ella casi la solución mágica a los problemas que está enfrentando la clase política por el descrédito y la falta de aceptación y legitimidad, lo que sería para Claudio Orrego³³⁵ Intendente de la ciudad de Santiago, “una de las mayores crisis de confianza que han conocido las instituciones chilenas, tanto públicas como privadas, tanto religiosas como políticas, la búsqueda de caminos para combatir el recelo ciudadano ha concitado el compromiso de una vasta franja de líderes políticos y sociales”.

Para él, se ha olvidado este instrumento legal en el que podría perfeccionarse la Ley de acceso, incluyendo mejorar aspectos tales como en las declaraciones patrimoniales y definir cómo se debe publicar en las páginas web de los servicios públicos, ya que según sostiene que, mientras mayor información esté disponible, menores serían los espacios y posibilidades de corrupción, afirmando al final, que no

³³³ LIZCANO, Jesús; El País, 8 de septiembre de 2011 http://elpais.com/diario/2011/09/08/opinion/1315432805_850215.html (acceso 19 de abril de 2015)

³³⁴ Editorial El Mercurio, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/03/24/30410/Mayores-estandares-de-probidad.aspx> (acceso 24 de marzo de 2015).

³³⁵ ORREGO, Claudio; Diario La Tercera <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2015/03/895-622584-9-reforzar-la-transparencia.shtml> (acceso 27 de marzo de 2015).

es tarde para retomar el tema de la transparencia como una herramienta significativa en la lucha contra la corrupción, y que se trata de “[...] *la manera más cívica de involucrar a los ciudadanos en la discusión del tipo de democracia que todos queremos*”.

No hay duda, que la transparencia cumple un rol decisivo en el propósito de restablecer las confianzas, pero no compartimos la visión de asignarle un rol y una importancia casi salvadora que se le suele atribuir, los ciudadanos confían en las autoridades por mucho que no sepan cada acción que desarrollen, y si tienen acceso a las páginas web con la información habitual, con dificultad se impedirán o reducirán las malas prácticas.

La desconfianza se ha instalado y se trata de casos conocidos recientemente y con gran publicidad de hechos que sucedían hace muchos años, cuando no incluso hacía décadas, como ejemplo baste citar la declaración de un reconocido empresario Andrés Navarro, quien reconoció haber incurrido en prácticas idénticas a las que ahora se persiguen por vía penal (financiamiento de políticos con uso de documentos tributarios falsificados), la confesión realizada en el curso de una campaña por la Presidencia de una de las asociaciones más importantes del empresariado (SOFOFA), este hombre de negocios afirmó que, “*la transparencia es lo que pretendo impulsar si salgo elegido*”³³⁶, debido al reconocimiento del bajo nivel de reputación y efectividad de los empresarios.

Curiosamente, la transparencia y también la probidad, resultaron ser un detonante muy decisivo en la campaña por la definición de quien debe liderar los nuevos tiempos para los empresarios, esta vez, sí parece estar el tema y el problema de la probidad como un eje determinante y vital de los negocios privados.

Es un hecho que las malas prácticas de los empresarios no comenzaron con las noticias que en los meses previos hemos conocido, ni que lo que se ha revelado hasta ahora, parece ser lo peor que puede aparecer más adelante, ya que hasta ahora se trata de violación de las normas de financiamiento de la política, cuando casos más graves como el cohecho hay muy pocos y no se puede entender que todo este aporte de dinero, efectuado por varias empresas, haya sido solo por motivos de apoyo ideológico o altruista, la contraprestación, es lo que hasta ahora desconocemos y entonces vuelve la necesidad de transparencia, que nos parece aquí muy necesaria, debe venir de parte

³³⁶ <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2015/03/655-622102-9-andres-navarro-sobre-financiamiento-a-la-politica-yo-nunca-lo-hice-por-conseguir.shtml> (acceso 29 de marzo de 2015).

del mundo privado que sea quien explique el propósito de los financiamientos de la política.

El deterioro y la desconfianza en una sociedad, pueden caer sin límites, en el caso chileno que analizamos, la propia Presidenta Bachelet, ha tenido que salir a detener los rumores con desmentidos de una posible renuncia, “[n]o he pensado en renunciar de ninguna manera³³⁷”, algo que aparece reflejado incluso en la prensa internacional y que revela que, al menos a nivel de rumores, la crisis de las confianzas esté desestabilizando gravemente un gobierno que poco antes gozaba con una importante adhesión ciudadana, el diario New York Times, hacía eco de la sorpresa de la opinión pública internacional, “Chile se une a los demás países latinoamericanos remecidos por escándalos³³⁸”, su reputación ganada hasta aquí, de ser el país menos corrupto de la región y en que ante todas las revelaciones aparecidas, en un corto tiempo generaron un verdadero trastorno al sistema, afirma Pablo Collada, en la misma nota de prensa.

El diagnóstico del New York Times, es que se trata de un aumento de la sensibilidad en los países de la región como un reflejo del aumento de la clase media, envalentonados por ciudadanos que exigen mayores niveles de estándares éticos. Aunque, no se puede negar que esa puede ser una razón parcial, no nos parece que sea esta la causa medular, ya que esos mismos ciudadanos que exigen mayores estándares éticos, sin embargo, no los aplican en sus vidas cotidianas.

El Contralor General de la República, Ramiro Mendoza, afirmaba en su última cuenta pública a pocos días de dejar su cargo en abril de 2015, con no poca sorpresa de la audiencia nacional, por su sinceridad, “[p]arece que la corrupción ha llegado³³⁹” y el mayor gremio de las industria de empresarios la CPC, afirmaba, en la misma semana que, estaban modificando su código de ética, mediante la expulsión de sus miembros cuando fueran condenados por corrupción y congelando o suspendiendo la

³³⁷

Diario

El

País

http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/08/actualidad/1428523480_761612.html
(acceso 9 de abril de 2015).

³³⁸ traducción propia <http://mobile.nytimes.com/2015/04/10/world/americas/chile-joins-t-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news&r=2&referrer=> (acceso 10 de abril de 2015).

³³⁹

<http://www.cooperativa.cl/noticias/site/cache/imprimir/pags/imprimir142852013212832.html>
(acceso 9 de abril de 2015).

membresía, cuando fueran sometidos a proceso o imputados.

En la misma línea de sinceramientos públicos, el Fiscal Nacional expresaba en su última cuenta pública de 2015, poco antes de concluir su período de 8 años de gestión, “[p]ara expresarlo en claros términos: sin duda Chile no es un país corrupto, pero sí existen corruptos que perseguir penalmente”³⁴⁰.

A su vez, el presidente de la CPC, Santa Cruz señaló que “[e]s un tema país. Lo importante es que hay que regular en forma clara y transparente esta relación no sólo de aportes a los privados o empresas sino que deben preocuparse del financiamiento de los partidos del límite del gasto de campaña de la alta dirección pública del gobierno corporativo de las empresas”³⁴¹.

Aunque puede parecer todo una coincidencia desvinculada, se han destapado hechos transversales y de similar gravedad y en los que el común denominador es, en todos los casos, el mismo: corrupción y tráfico de influencias. Y la solución planteada por todos, parece ser solo una: mayor transparencia.

La consecuencia más inmediata de todos estos hechos de gran notoriedad y cobertura, es la falta total de confianza, la encuesta Cadem³⁴² de abril de 2015 afirmaba que, “67% de los entrevistados no tiene confianza en el Congreso Nacional, el 78% no confía en los políticos, e incluso el 76% los considera corruptos”, la consecuencia de ello, para Briones y Urzúa, es la desconfianza generalizada y sistémica y la respuesta pasaría por “una condición necesaria para comenzar a responderlas pasa precisamente por un compromiso irrestricto con la transparencia en los casos que han causado conmoción pública, cualquiera sea el rango de los eventuales involucrados. Lo anterior, complementado por la efectiva autonomía de las instituciones y el imperio de la ley, sin distinciones”³⁴³.

La falta de confianza se va retroalimentando y la opacidad solo contribuiría a mantener la desconfianza, estos académicos manifiestan su esperanza en la

³⁴⁰ cuenta pública 2015 - fiscalía de chile discurso del fiscal nacional sr. SABAS CHAHUÁN SARRÁS pág. 5.

³⁴¹ <http://impresalasegunda.com/2015/03/10/A/VF2L9D9K/KO2L9U83> (acceso 9 de abril de 2015).

³⁴² <http://www.cadem.cl/encuestas/> (acceso 21 de julio de 2015).

³⁴³ <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/08/30817/Transparencia-para-la-confianza.aspx> (acceso 10 de abril de 2015).

transparencia, ya que “[s]in transparencia, ¿con qué herramientas contaría el ciudadano para diferenciar entre un político “salpicado” o corrupto de una mayoría que no lo es? Y en ese escenario, ¿no aumentarían los incentivos para que individuos corruptos se sumen a la política?”.

La ausencia de transparencia, que se la trata como si fuera un concepto enteramente flexible y ambiguo, por decir lo menos, nos encontraríamos ante la seguridad de estar en un territorio de lo indebido, lo ilegal y de lo que no merece la confianza de la ciudadanía y, en particular, respecto de los políticos y lo político.

Ante la incertidumbre, no debe dudarse, que la opción debe ser siempre favorecer y fortalecer a la República y la defensa de las instituciones, que son patrimonio de la sociedad como un todo y no de un determinado grupo u oligarquía. El gobierno de la Presidenta Bachelet, establecía como un eje de su gestión, el aumentar la transparencia y la rendición de cuentas, en el que “*el rol de las instituciones fiscalizadoras, adquiere una especial importancia*” y, en que la propia Bachelet, reconoce como un aporte de la buena gestión del Contralor Ramiro Mendoza, en sus 8 años de gestión, valorando que, de esta manera se “*abren nuevos canales de interacción con los ciudadanos, que transparenta su gestión a través de la publicación de informes, con la agenda online de sus autoridades, con invitación permanente a la comunidad a participar a través de denuncias y sugerencias*”³⁴⁴.

El punto de referencia que se ha utilizado como un símbolo de “la no transparencia”, es la ley de financiamiento de los partidos y de las campañas electorales, que fue fruto de un acuerdo político, frente a otros casos de corrupción en el año 2003, entonces, la salida del problema fue mediante un acuerdo político que hoy no cuenta con la simpatía de nadie, en el sentido, de mantener un porcentaje muy alto de los fondos recibidos como “aportes reservados”, en ello la nueva norma que se apronta a sugerir debe ir por un énfasis opuesto, “[l]a democracia chilena debería ser capaz de darse para ello un sistema más eficaz y transparente, que el de 2003, que se ha demostrado insostenible y que se presta, además, para aprovechamiento por inescrupulosos. Como lo ha recordado un columnista del diario El Mercurio, “una boleta ideológicamente falsa no es un delito per se, sino solo un agravante de otro delito, que es la presentación maliciosa de

344

<http://www.cooperativa.cl/noticias/site/cache/imprimir/pags/imprimir142852013212832.html> (acceso 10 de abril de 2015).

*declaraciones de impuestos*³⁴⁵.

La transversalidad de la crisis, respecto de la sospecha de un financiamiento ilegal de las campañas políticas, hizo necesario que la casi totalidad de las fuerzas políticas se reunieran para buscar algún acuerdo explícito que, antes de hacerse conocido, ya contaba con la desconfianza de la opinión pública, que sospechaba la búsqueda de un “traje a la medida” que salvara a los parlamentarios involucrados en los escándalos del financiamiento de empresas como Soquimich.

En definitiva, los partidos políticos del gobierno, bajo el nombre de la Nueva Mayoría y también de la oposición, con la designación de la Alianza, resolvieron dar a conocer un planteamiento dirigido a restablecer las confianzas de la ciudadanía, mediante un documento de 6 puntos, el que comienza asumiendo la indignación de la ciudadanía ante los comportamientos “reñidos con la ética” de los sectores público y privados y asumen su responsabilidad política y *“el compromiso de superar esta situación en un marco de legitimidad y en la perspectiva de construir una nueva institucionalidad en materia de probidad y transparencia.”*³⁴⁶ Al mismo tiempo, se respalda el liderazgo de la Presidenta y las iniciativas de una Comisión Asesora Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, así como la Comisión especial, sobre probidad y transparencia, creada en el Congreso, asimilando las conclusiones para futuras iniciativas parlamentarias y legislativas.

En la declaración, se comprometen a mantener la independencia ante las investigaciones y proceso judiciales, aunque debe advertirse que nos parece evidente que no podía ser de otra forma, las actividades de la fiscalía y de los tribunales de justicia, lo que en concreto, implica que renuncian a una posible ley de amnistía o que exculpe genéricamente a los responsables, antes de conocer los resultados de los juicios. Una reafirmación de la relevancia de las instituciones republicanas, que tienen el mandato de la lucha contra la corrupción y, finalmente, se afirma en el documento, que existe un rol de participación de la sociedad civil, cuya voz debe ser escuchada.

³⁴⁵ Editorial Diario El Mercurio 7 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/07/30790/Financiamiento-de-la-politica.aspx> (acceso 10 de abril de 2015)

³⁴⁶ Diario Publimetro <http://www.publimetro.cl/nota/politico/asi-es-el-texto-del-acuerdo-politico-entre-la-alianza-y-nueva-mayoria-por-crisis-institucional/xIQodj!k8TuCqJ0CdfHI/> (acceso 10 de abril de 2015)

La transparencia se ve como una solución fácil y en la que parece, incluso, existir un consenso general, esto hasta que se ejerce por alguna autoridad, el hacer públicas las críticas o el insinuar que se podrían hacer transparentes determinados antecedentes, como es el caso de la denuncia del Senador Navarro, quien declaró públicamente que muchos de los parlamentarios estaban adeudando una aclaración de sus financiamientos de sus campañas, esta declaración generó una moción de censura en el Senado³⁴⁷, entonces la transparencia incomoda, y solo ahí nos parece que en verdad se puede hablar de transparencia, si no incomoda, no existe, ni sirve.

Cuando Carlos Cazely, agregado de prensa de la Embajada de Chile en España, hizo ver una crítica a una aparente incongruencia de los partidos políticos españoles o movimientos que estarían recibiendo financiamiento de Venezuela, con un régimen cuyas características, que según él, lo haría incompatible con un comportamiento adecuado y democrático, afirmando que, “[e]s evidente, aunque a mí tampoco me parece bien hablar de libertad y recibir bajo mesa dinero del Gobierno de Nicolás Maduro³⁴⁸”.

Si bien puede parecer casi obvio, que un representante del gobierno en una función de la Cancillería, no debe jamás emitir comentarios políticos y, mucho menos, involucrarse en política contingente del país donde se ejerce esta función, tampoco puede negarse, que el gobierno de Chile, ha tenido reacciones muy diferentes ante casos similares o peores, en lo que parece ser, no solo una evaluación política de los cometarios (como los proferidos por el Embajador de Chile en Uruguay Eduardo Contreras³⁴⁹), pero al mismo tiempo, respecto a que, determinados comentarios son sujetos a un control diferenciado y en que se acepta transparencia bajo un filtro político y no técnico o profesional, o en función de un protocolo.

Si la transparencia no incomoda, como ya hemos dicho, no parece tener mucho sentido ni beneficios, cuando el Contralor Mendoza realizó afirmaciones muy sinceras y críticas del reconocimiento de que existe corrupción en Chile, Jocelyn-Holt, le valora

³⁴⁷ Diario El Mostrador <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2015/06/30/el-senado-votara-manana-censura-contr-navarro-por-pedir-transparencia-en-financiamiento-de-campanas/> (acceso 6 de Julio de 2015).

³⁴⁸ Diario El Mundo <http://www.elmundo.es/deportes/2015/04/11/5528e9c6e2704e8c178b456f.html> (acceso 12 de abril de 2015).

³⁴⁹ Diario El País, <http://www.elpais.com.uy/mundo/embajador-chile-uruguay-seguira-cargo.html> (acceso 6 de julio de 2015).

su sinceridad, “posee una virtud muy escasa entre nuestras autoridades -es veraz- lo que, en un país como el nuestro, incomoda³⁵⁰” y, por cierto, no es algo que culturalmente se valore, la sinceridad, hablar directo y emitir juicios.

Las leyes de transparencia tienen esa credibilidad esperanzadora, de que pueden salvarnos de la naturaleza humana, “[l]as leyes de transparencia y acceso a la información pública han sido una de las medidas que han resultado más efectivas en el derecho comparado a la hora de combatir la corrupción como mecanismo de prevención dentro del sistema institucional y político, incrementando la transparencia, la rendición de cuentas y en definitiva, la democracia”³⁵¹.

El retraso en reconocer que las malas prácticas de financiamiento y que parecen, a todas luces, transversales en cada uno de los partidos políticos y en varios personeros de gobierno, así como en un grupo mayoritario de parlamentarios. Lo que se agravó con las respuestas evasivas de los propios implicados, sus declaraciones que los ingresos obtenidos por vía de financiamientos privados y que constaban en boletas tributarias, estaban justificadas en asesorías e informes no conocidos ni mostrados, a pesar de las exigencias que desde la prensa se han hecho cada vez más explícitas, puede mencionarse el caso de la petición en cámara del periodista Matías del Río, requiriendo el Ministro del Interior Sr. Peñalillo, que mostrara de una vez, los informes de sus supuestas asesorías a los financistas privados de sus actividades políticas y también llama la atención el caso de los hijos del Senador Pizarro, que del mismo modo recibieron pagos y quienes declararon en la prensa que sus asesorías habían sido solo “verbales”, por lo que no existía prueba física de haber entregado esas supuestas asesorías. El resultado solo podía ser otro, sino que generar aún mayor desconfianza en la clase política, “[s]i conocer la verdad de una situación es siempre importante para formarse una opinión fundada sobre ella, en las actuales circunstancias en que la ciudadanía ha

³⁵⁰ <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2015/04/895-624946-9-llego-la-corrupcion.shtml> (acceso 12 de abril de 2015).

³⁵¹ Exposición ante el parlamento de Cataluña por la totalidad de los partidos, citado por Derecho de acceso a la información pública y transparencia Estudis Integricat, N.º 04, Oficina Antifrau de Catalunya; abril de 2013 pág 14.

*dado muestras de un alto grado de desconfianza hacia los líderes políticos, la verdad se ha vuelto absolutamente indispensable*³⁵².

Lo más grave, es que esta falta de información y de transparencia, ha generado una desconfianza que cubre a todo el espectro político. El propio gobierno fue calificado por la encuesta CEP de mayo de 2015, con una nota 2,4 (en escala de 1 a 7), en el ítem de la corrupción y transparencia, con ello la importancia de la verdad, como se titula la columna del periódico, termina siendo mucho más una necesidad de evitar de culpar y desconfiar de todos, por un caso que probablemente, abarca a la mayoría de los parlamentarios y, tal vez, a demasiados para no afectar la fortaleza de la república.

Existe la preocupante retroalimentación, entre malas prácticas, información insuficiente, incompleta o irrelevante (que hemos denominado transparencia putativa) y la generación de desconfianza y pérdida de legitimidad, con ello, se puede caer fácilmente en un círculo vicioso de mayor requerimiento de información, que bien puede no servir más que para nutrir únicamente mayor desconfianza, de ahí la necesidad que la ciudadanía y el rol de la prensa en generar información que sea útil, al propósito del bien colectivo, los casos conocidos en la grave crisis de desconfianza política en Chile, que comienza a incrementarse a finales del año 2014, revela esta lección, ya que existe una *“[...] profunda brecha que se evidencia entre un marco institucional tendiente a reforzar la transparencia, y positivamente evaluado a nivel internacional, y la percepción de desconfianza transversal por parte de la ciudadanía parece responder, más que a una realidad experiencial, a una mirada de sospecha generalizada y, a la vez, a un cierto desconocimiento acerca de cuáles son los ámbitos en los cuales se han conseguido importantes avances*³⁵³”.

3.16 Resultados, conclusiones y recomendaciones de la Comisión Presidencial Anticorrupción

³⁵² Diario El Mercurio 5 de mayo de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/05/31521/La-importancia-de-la-verdad.aspx> (acceso 9 de mayo de 2015)

³⁵³ <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/26/31314/Transparencia-y-confianza.aspx> (acceso 9 de mayo de 2015).

En la prensa la reacción preliminar fue favorable y se recibió con interés los resultados de la Comisión. *“Las propuestas del consejo asesor presidencial, que el viernes entregó su informe a la Presidenta Bachelet, pueden contribuir a demarcar una hoja de ruta con medidas concretas que permitan perfeccionar la institucionalidad existente, para así recuperar la confianza perdida”*³⁵⁴.

La corrupción, como se ha afirmado, se ha entendido como parte de la naturaleza humana o dentro de los riesgos del manejo del poder, sin controles apropiados, en un sistema republicano, parece habernos sorprendido a todos al aparecer, en lugares nunca imaginados, aunque ello debería ser algo casi absurdo, creer que existe un lugar, un país o un pueblo que se encuentra impoluto y libre de tentación, ante algo que aparece como muy arraigado a la naturaleza humana, sin embargo, el caso de Chile y su crisis de corrupción ha sorprendido a todos, *“[h]asta Chile, cuya elite política pensaba estar inmunizada contra la corrupción y otras enfermedades tropicales de la región, parece haberse contagiado. Al financiamiento irregular de los partidos y sus dirigentes, debe agregarse el escándalo que involucró a la nuera de la propia Presidente. Su relación con la entonces Presidente electa, le permitió acceder a información privilegiada sobre inminentes cambios en la regulación del uso del suelo y a un crédito bancario para una firma sin trayectoria ni colateral”*³⁵⁵.

Para este medio de prensa, la corrupción en la región de Latinoamérica, está reemplazando a la política, *“[l]a corrupción cumple las funciones básicas de la política: seleccionar dirigentes, organizar la competencia electoral y ejercer la representación—y el esencial control!—territorial. Esta es la nueva forma de la política en la postdemocracia”*. Y entonces lo que se debe enfrentar, el desafío que existe, es quitarle la política a la corrupción, aunque se trata de una frase algo confusa, se puede inferir de ella que es el poder quien está en disputa entre la democracia, aunque nosotros preferimos hablar de la república, ya que la mayoría de los gobiernos de la región han sido electos, con cumplimiento de las reglas de las elecciones democráticas, pero no por esto están ejerciendo el poder dentro de los cánones de la república y algunas veces tratan de

³⁵⁴ Diario El Mercurio 26 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/26/31314/Transparencia-y-confianza.aspx> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁵⁵ Diario El País 25 de abril de 2015 http://internacional.elpais.com/internacional/2015/04/25/actualidad/1429994782_588724.html (acceso 9 de mayo de 2015).

mantener o aumentar, su poder mediante la intervención de las instituciones republicanas, atenuando, cuando no eliminando, los mecanismos de controles adecuados y, en ello, la disponibilidad de información suficiente y relevante, cumple un rol determinante.

Distintos expertos, han reiterado una afirmación que no sabemos si se trata de un juicio valórico objetivo y razonado, o más bien, una protección para evitar que las percepciones externas e internas se transformen en una sensación generalizada, respecto de los bajos y reales niveles de corrupción en Chile, afirma Jorge Correa, señalando que *“porque Chile no es un país corrupto. Tenemos pocos casos de corrupción y un generalizado financiamiento irregular de la política; instituciones para enfrentarlo y una opinión pública cuya reacción es el mejor antídoto para no ser un país corrupto. Lejos de quejarnos de su desconfianza, debemos bendecir que ella exista; es lo que nos salva”*³⁵⁶.

Algo similar, afirma Eduardo Engel, quien descarta que Chile sea un país corrupto, solo que *“hemos tenido situaciones que sugieren situaciones concretas donde hubo corrupción, tráfico de influencias, conflictos de interés y financiamiento ilegal de la política”*³⁵⁷.

Los calificativos se refieren a una práctica que, parece involucrar a casi la totalidad de los partidos y una mayoría importante de los parlamentarios electos, así como a otros tantos candidatos y miembros del poder ejecutivo. No da ciertamente para alegrarse ni para tratar de reducir su gravedad ni, al menos, negar la profundidad de la crisis política y social del país, aunque Engel, afirma que está optimista, porque la reacción de la sociedad demuestra que la indignación es la que permite que exista una actuación por parte del Gobierno.

La corrupción afirma, a su vez, el ex Senador Escalona, *“[c]uesta erradicarla pues sus raíces sociales y culturales se hunden en un modo de vida que menoscaba el trabajo, que idolatra el dinero y aplaude al que lo obtiene de manera fácil. La corrupción esta donde se*

³⁵⁶ CORREA, Jorge; Diario El Mercurio 25 de abril de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/25/31273/Como-saldremos.aspx> (acceso 11 de abril de 2015).

³⁵⁷ Engel, Eduardo, Diario La Tercera 3 de mayo de 2015.

*impuso el comportamiento de ganar mucha plata a cualquier precio y donde los escrúpulos pasan a ser una tontería o, al menos, una ingenuidad*³⁵⁸.

El problema, entonces, pareciera ser, la percepción y la distancia de ésta con la realidad que se está juzgando, ya que “[e]n Chile creíamos que estábamos en una liga superior, de país OCDE con poca corrupción. Perdimos esta ilusión con los casos de corrupción masiva y flagrante que han explotado en los últimos meses, afectando a empresas privadas, a políticos de todos los bandos, al Gobierno y a la Presidenta Bachelet”³⁵⁹.

¿Cuál es entonces la realidad? ¿la que percibimos, o la que revelan las encuestas?

Según el ranking de Transparencia Internacional de 2014, Chile se encontraría entre los mejores 21 países del mundo, en la percepción de corrupción, aventajando a los países de la región con facilidad, salvo el caso de Uruguay, que estaría descontando la distancia. Para el economista y académico Klaus Schmidt-Hebbel, el aumento de la corrupción y del nepotismo en la región y en particular en Argentina, Brasil y Chile, se debería fundamentalmente, al aumento de la expansión del Estado, y a una expansión del gasto público que está en niveles de 40% del PIB en Argentina y Brasil y, en el caso de Chile, está alcanzando en el año 2015 un 25%. Lo anterior, se estaría, posiblemente potenciado por el aumento de los valores de los *commodities* en la última década y que ha fortalecido las arcas del Estado, además de las demandas sociales de mayores prestaciones y beneficios palpables del crecimiento económico. Todo esto, según este autor, sumando al actual estancamiento económico, las malas políticas, daría lugar a una etapa de crisis política, que tal vez explicaría lo que actualmente está sucediendo en varios países de la región, pero que en mayor medida ha estado representado por las exigencias crecientes de terminar anticipadamente con los gobiernos en el caso de Dilma Rousseff en Brasil, el desprestigio del ciclo de los Kirchner y una abultada pérdida de apoyo y de credibilidad por parte de Bachelet en Chile, según la encuesta CEP de mayo de 2015, el nivel de rechazo de la Presidenta alcanza 62% de los encuestados que declaran, no tener confianza, que hasta poco antes

³⁵⁸ ESCALONA, Camilo; <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150503102045/el-proceso-constituyente-y-la-dignificacion-de-la-politica/> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁵⁹ SCHMIDT-HEBBEL, Klaus; Diario El Mercurio <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/05/31538/El-ABC-de-Sudamerica-Esta-convergiendo-Chile-a-Argentina-y-Brasil.aspx> (acceso 9 de mayo de 2015).

era uno de los principales atributos de la Presidenta y un 60% considera que carece del liderazgo adecuado para enfrentar la crisis política que se vive.

La Presidenta Bachelet, al dar a conocer el informe con un retardo injustificado de 4 días, para su evaluación interna, el 28 de abril, mediante un discurso en cadena nacional, reconoce primeramente la gravedad de los hechos conocidos, “[e]l país ha conocido irregularidades, corrupción y faltas a la ética que afectan a la política y a los negocios. Eso es grave, porque deteriora nuestra democracia y crea abusos, privilegios y desigualdad. Los chilenos y chilenas están molestos”³⁶⁰.

Recalcando, a continuación, que los servidores públicos están para servir y no para aprovecharse de sus posiciones, la necesidad de transparentar la relación entre el dinero y la política y será el Estado quien financie toda actividad política de los partidos, en una decisión que es considerada polémica, ya que 7 de 10 democracias tienen financiamientos mixtos, “[p]or eso, entre otras medidas, transparentaremos completamente el financiamiento de la política y eliminaremos los aportes anónimos y reservados, y las empresas no podrán hacer aportes de ningún tipo. La transgresión de estas normas será considerada delito”. Se enviarán, ha anunciado Bachelet en 45 días, proyectos de ley que implicarán sanciones como la pérdida del cargo a los representantes que hayan incurrido en violación a las normas de financiamiento.

Podemos observar que el eje de la transparencia, vuelve a reiterarse cuando la Presidenta declara en su discurso que “[...] también debemos fortalecer la calidad, integridad y transparencia de los que trabajan en el servicio público. Vamos a ampliar el rango de aplicación del Sistema de Alta Dirección Pública para trabajar en el Estado”. Anunciando, a la vez, mayor fiscalización de los recursos públicos y sanciones efectivas. Se incorpora una figura hasta ahora desconocida en la legislación comparada, el delito de “corrupción entre particulares”, que se obtengan mediante pagos para obtener beneficios, ello se origina en una reacción tardía en las malas prácticas en la plusvalía obtenida en la venta de inmuebles, cuando existe un regulador municipal, aunque deja abiertas muchas interrogantes, por causa de emplear una expresión equívoca y que puede dar lugar, inclusive a mayores desconfianzas.

La crisis bien puede encontrarse en la demanda de una transparencia total a una actividad, la política, que tal vez no pueda entregarla en los niveles que se le exigen, ya

³⁶⁰ Discurso Presidencial Michele Bachelet del 28 de abril de 2015.

que “[l]a confidencialidad pertenece con necesidad a la comunicación política, es decir, estratégica. Si todo se hace público sin mediación alguna, la política ineludiblemente pierde aliento, actúa a corto plazo y se diluye en pura charlatanería”³⁶¹.

Se anuncian asimismo, que se va a incorporar a la legislación que recientemente regulaba el lobby, mediante la creación de un registro de lobistas, mejorar y ampliar las declaraciones patrimoniales, que hasta ahora no cumplían ninguna función útil a su propósito, haciéndolas extensivas, además, de las actuales autoridades también a “consejeros de las instituciones públicas, a los fiscales, a los directores de las empresas del Estado, a los alcaldes, concejales y jefes de unidades claves municipales, a los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, y también, a las o los cónyuges de las autoridades”, además de “[...] ampliar y reforzar las inhabilidades e incompatibilidades para ingresar a la función pública. Ampliaremos el ámbito de la prohibición de contratación en el Estado, a parientes de las autoridades”.

Finaliza el discurso Presidencial con un anuncio que sorprendió incluso a propios los integrantes de la Comisión, al considerar que, además de todo lo anterior, se justificaba el inicio de un proceso constituyente, “[e]s por esta razón que la tarea que hoy emprendemos se completará de manera natural con la redacción y aprobación de una Nueva Constitución”. Aunque la razón y la vinculación entre unas iniciativas y otros anuncios no se aprecia, mas bien parece haberse aprovechado un momento comunicacional, para hacer una vinculación de temas no directamente relacionados.

Los anuncios no tardaron en abrir fuego entre las distintas posiciones ideológicas, más allá de los grandes consensos que se lograron en la Comisión, donde a decir la verdad, la gran mayoría de las medidas ya estaban en curso en proyectos de ley y en que los integrantes de la Comisión, prácticamente en casi en todas las medidas estuvieron de acuerdo por unanimidad.

Se declaró por el Ministro Secretario de la Presidencia Elizalde, que se trataba de medidas que “[...] son muy ambiciosas, no tienen precedentes en su historia, dan cuenta del compromiso del Gobierno por construir una mejor democracia, una mejor forma de convivencia y que siempre prime la voz de los ciudadanos y que el dinero no presente un tipo de distorsión respecto de la voluntad de los chilenos”.

³⁶¹ HAN, BYUNG-CHUL. Op. cit. 18, pág. 36.

Sin embargo, fue la misma Presidenta Bachelet en 2006, ante otros casos graves de corrupción y que causaron gran molestia en la ciudadanía, que ya se había encomendado a una comisión Presidencial la misión de recomendar medidas ambiciosas para favorecer la probidad y eficiencia de la gestión pública y en cuyo informe se señalaba *“El trabajo del grupo ha estado orientado por la idea transmitida por la Presidenta de la República de que las situaciones referidas dan lugar a una inmejorable oportunidad para avanzar en las reformas pendientes y más urgentes, que favorezcan la probidad y transparencia de la gestión pública y la modernización del Estado”*.

Y, como destaca Macarena Segovia³⁶², se recurre al mismo comodín, la transparencia parecía entonces ser la salvadora, *“[r]eforzar la transparencia en la relación entre el dinero y la política. La democracia requiere una relación transparente entre la política y la influencia del dinero, sea de origen privado o estatal. La gravedad de los hechos recientes, en materia de control y contabilidad de las candidaturas, y su repercusión pública, demuestran la necesidad de ampliar y afinar los ilícitos por violaciones a la ley electoral, así como aumentar el control y la fiscalización”*.

La historia se repite, nos advierte Segovia, pero si antes no funcionó el remedio, entonces, ¿por qué deberíamos confiar que en esta oportunidad si será eficaz? Si la transparencia no es la solución o, al menos, no es la solución única y definitiva, porque recurrimos a ésta como la salvadora de las malas prácticas.

Ascanio Cavallo, por su parte, celebró la capacidad de la Presidenta de retomar la agenda política, mediante anuncio de la nueva constitución, pero respecto de las medias recomendadas consideró que *“[l]as 236 recomendaciones de la Comisión son de pelaje muy diverso, en varios casos parecen altamente discutibles y hay algunas que no concitarían ninguna simpatía colectiva. Sin embargo, en conjunto lucen como una respuesta maciza a la mayoría de las objeciones en contra de las prácticas políticas nacidas durante los escándalos financieros”*³⁶³.

Sin embargo, cumplieron, cuando menos para Cavallo, la función de devolverle por fin la iniciativa política al gobierno.

³⁶² SEGOVIA, Macarena; Diario El Mostrador, <http://m.elmostrador.cl/pais/2015/04/30/la-historia-se-repite-las-informe-anticorrupcion-de-bachelet-y-otro-presentado-hace-9-anos/> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁶³ CAVALLO, Ascanio; Diario La Tercera <http://voces.latercera.com/2015/05/03/ascanio-cavallo/palos-rocas-y-piedras/> (acceso 9 de mayo de 2015).

Parece tratarse más de tema del aprovechamiento político de una oportunidad que ofrecía mucha atención mediática, para Mauricio Morales, Bachelet “[n]o ofreció Asamblea Constituyente ni un cheque en blanco al Congreso para redactar la nueva Carta Fundamental. Lo dejó todo en suspenso, logrando trasladar el eje de la discusión desde los escándalos al proceso constituyente”³⁶⁴. La apuesta afirma Morales, es arriesgada, ya que parece mezclar agendas y confundir problemas diferentes y si terminara debilitando la agenda de probidad, ello podría ser mucho más grave que un error político electoral.

Para algunos el anuncio de una propuesta de nueva Constitución, si conformaba un gran respuesta al problema “[y] se trata de un acierto tanto por razones de legitimidad del texto como por los escándalos que recientemente sacuden la vida política del país sudamericano desarrollados en parte por las condiciones creadas por esa Constitución.”³⁶⁵ Alejandro González, a su vez, estima que las confianzas no se restituyen por la vía de una mayor credibilidad y que ello implicará que vuelvan a participar en las elecciones los ciudadanos, para él, la credibilidad se relaciona con la certidumbre, y ello permitiría atribuir mayor legitimidad, concluye, por su parte, afirmando que “[s]ólo un proceso constituyente con un mecanismo participativo e inclusivo que avance hacia una nueva Constitución hará posible que las confianzas se restituyan y la credibilidad del proyecto democrático vuelva hacernos soñar y “creer” que un mejor país es posible”³⁶⁶.

Siendo entonces, y como afirman algunos, que solo mediante una nueva Constitución que se puede recuperar la legitimidad, la credibilidad y las confianzas. Queda, entonces, abierta la pregunta, ¿qué sucedería si luego de un proceso constituyente y salvador, no se recupera la confianza y la mayor legitimidad de las autoridades?

Luis Larraín, estimó que los anuncios presidenciales eran poco deferentes con la labor que se encomendó a la Comisión y, lo más grave, considera que es “[...] el efecto

³⁶⁴ MORALES, Mauricio; Diario la Tercera 29 de abril de 2015 <http://voces.latercera.com/2015/04/29/mauricio-morales/bachelet-una-apuesta-arriesgada/> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁶⁵ Editorial Diario El País 4 de mayo de 2015, http://elpais.com/elpais/2015/05/03/opinion/1430662127_651196.html (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁶⁶ Diario Cooperativa 30 de abril de 2015, <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150430144634/las-dudas-para-salir-de-la-crisis-de-confianza/> (acceso 9 de mayo de 2015).

*político de su anuncio es desviar la atención de los temas de corrupción que afectan gravemente a su gobierno y a su entorno más próximo, para centrarla en la reforma a la Constitución, un tema por completo diferente, restando así fuerza a las medidas contra la corrupción, los conflictos de interés y el tráfico de influencias, propósito único y excluyente de la creación de esta Comisión*³⁶⁷.

El ex Senador Escalona, tiene una visión opuesta, al expresar que, celebra las propuestas y señaló que se trataba de un anuncio oportuno y sano y, además, parte del camino para restablecer las confianzas, dignificar la política y darle la transparencia que necesita. *“La agenda de probidad son medidas esenciales para una buena política, para que esta acción humana, fundamental para el avance civilizacional, se relegitime y rehaga la dignidad que debe tener, la que entrega la autoridad necesaria para la conducción del Estado. Es evidente que la transparencia y la lucha contra las malas prácticas es un resorte que se requiere para reponer las reformas contra la desigualdad y recobrar la voluntad ciudadana, sin la cual no es posible transformar el país*³⁶⁸.

Como se puede concluir, no existe consenso respecto de la pertinencia de incluir en la agenda de probidad que anuncia el gobierno, en particular, parece no existir una coincidencia respecto de cuál es el verdadero problema, y luego de ello, identificar posibles caminos. Se trata de un problema de calidad de la democracia representativa o de la confianza de la ciudadanía, o bien puede tratarse de las obligaciones que deberían tener los representantes de una transparencia total.

Otros, como Axel Buchheizer, estiman que el anuncio Presidencia, se trata de una maniobra para distraer, con la cual no puede obviarse el problema que generó la Comisión y debe seguirse a la búsqueda de la verdad.

También plantea un columnista del diario La Tercera, una duda que se pueda eludir a la naturaleza humana y la autoridad moral de la Presidenta, quien aparece anunciando medidas que no respetó en su propia gestión gubernamental, “[...] cuando la regulación es absurda”, la naturaleza sigue su curso, “[l]a idea de endurecer

³⁶⁷ LARRAÍN, Luis; El Libero <http://lyd.org/centro-de-prensa/noticias/2015/04/luis-larain-en-el-libero-bachelet-e-informe-engel-una-lectura-ideologicamente-falsa/> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁶⁸ ESCALONA, Camilo; Diario Cooperativa <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150503102045/el-proceso-constituyente-y-la-dignificacion-de-la-politica/> (acceso 9 de mayo de 2015).

*las penas y sanciones, tanto en el sector público como en el privado, es necesaria, pero obvia lo esencial: la ética y la probidad como pilar esencial del trabajo público*³⁶⁹.

El anuncio del inicio de un proceso constituyente, en el entorno y en conjunto con el anuncio de medidas de mejora de la probidad, fue considerado como sorprendente, ya que no formaba parte de las conclusiones de la Comisión, ya que al final, “[l]a incorporación del debate constitucional en el marco de las medidas de probidad terminó, de paso, diluyendo la relevancia de las propuestas del consejo asesor presidencial y parece evidente que ni siquiera fue un asunto que se discutiera previamente con sus integrantes”³⁷⁰.

El camino para recomponer las confianzas, sería diferente que el que ha sido planteado por la Presidenta, para Fontaine, “[l]a Comisión Engel ha propuesto sensatas ideas para fortalecer la probidad del servicio público, que la Presidenta hace suyas. Pero, en lo que creo un retroceso, la mandataria se ha inclinado por abolir los aportes reservados a las campañas, prohibir las contribuciones de las empresas y hacer que sea el Estado el que financie el trabajo de los partidos”³⁷¹.

El informe de la Comisión, luego de 45 días de trabajo, según el mandato que le fuera asignado, no era otro que el de “[...] *terminar con las irregularidades y las faltas éticas*”, tenemos, afirmaba la Presidenta, que desarrollar una cultura y una ética de la transparencia que nos inspire siempre.

La propia Presidenta Bachelet, insistía que cuando se trata de transparencia e integridad, importa tanto el resultado como la forma en que se obtuvo (la Presidenta se refería a las elecciones, sin embargo, es del todo aplicable a toda gestión pública). Engel, Presidente de la Comisión, señalaba su vez, que “[n]o es posible convivir sospechando permanentemente del prójimo. Para lograr este objetivo, se requieren reglas claras, transparentes y compartidas por todos”.

³⁶⁹ MELNICK, Sergio; Diario La Tercera, 3 de mayo de 2015, <http://voces.latercera.com/2015/05/03/sergio-melnick/podemos-creer-en-los-anuncios/> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁷⁰ Editorial Diario la Tercera 3 de mayo de 2015 <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2015/05/894-627954-9-inesperado-e-innecesario-debate-constitucional.shtml> (acceso 9 de mayo de 2015).

³⁷¹ FONTAINE, Arturo; Diario El Mercurio 3 de mayo de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/03/31473/Cortinas-de-humo.aspx> (acceso 9 de mayo de 2015)

La Presidenta de la República, al recibir el texto del informe, señaló que asumiría personalmente el tema de la probidad para enfrentarlo, y anticipaba que se trataba de un tema en el que se comprometía su propio liderazgo Presidencial, Bachelet pretende convertir esta nueva institucionalidad en una “más transparente, más ética y más legítima”, fijándolo como uno de los pilares de su administración y que, por lo mismo, será ella misma, quien conducirá este proceso, que supone medidas legislativas y administrativas, “personalmente”³⁷².

3.17 Conclusiones del Informe del Consejo Anticorrupción

En el diagnóstico del Informe de la Comisión, y que comienza recién en la página 28, se reconoce que la sociedad ha cambiado y que los niveles de tolerancia de determinadas conductas ya no es aceptado y que responde con grandes manifestaciones de malestar “[l]a ciudadanía, justamente, se ha ido habituando a exigir mayor transparencia y rendición de cuentas, como base indispensable para la necesaria confianza en el funcionamiento de las instituciones”.

Como se explicitó en el mandato de la Comisión, se reafirma que se trata de uno de los ejes centrales, aunque no el único, ni siquiera el más relevante, según parecen haber demostrado los titulares de prensa posteriores, que la directiva, consistía en la creación de “[...] de un nuevo sistema de financiamiento de los partidos políticos, condicionado a un cambio profundo en sus actuales prácticas en materia de transparencia, rendición de cuentas y democracia interna”.

En la revisión del diagnóstico el informe, se plantea la necesidad de revisar estándares y las actuales regulaciones relativas a la probidad, buenas prácticas y financiamiento de la política. Se recalca, a su vez, que no basta con buenas reglas normativas, ya que si no existe fiscalización eficaz de órganos independientes y, esto último, debe ser un requisito de éxito que los ciudadanos consideren como justo y conveniente el sistema regulatorio que se implemente en definitiva.

³⁷² Editorial Diario La Tercera 26 de abril de 2015, <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2015/04/894-627073-9-liderazgo-reformas-y-oportunidades.shtml> (acceso 11 de mayo de 2015)

En el proceso de elaboración del informe que se recibieron a 78 organizaciones y 53 grupos de propuestas ciudadanas colectivas, en tres formatos: audiencias públicas, sesiones de trabajo y a través de la web.

El eje estructural de trabajo, según indica el informe, fue una reflexión “[...] *en torno a cinco temas: prevención de la corrupción, regulación de los conflictos de interés, financiamiento de la política, confianza en los mercados y integridad, ética y derechos ciudadanos*”.

Metodológicamente, la preparación de este informe y sus conclusiones implicaban la recopilación de información y opiniones muy diversas y por ello, se requirió a cada organización que presentara un resumen con propuestas en un formato pequeño, los que fueron clasificados según la similitud o cercanía y, en ello aparecieron algunos conceptos, tales como: “*regulación de la conducta de funcionarios públicos o prevención de la corrupción, entre otros, que permitieron ir agrupando y diferenciando las propuestas recibidas*”³⁷³.

El Informe, que se levantó luego de un trabajo muy acelerado y respecto del cual, existían grandes expectativas, se basó en el efecto de gran notoriedad mediática, producido por los escándalos de corrupción y de financiamiento de la política y que afectaban transversalmente a todos los partidos y, en especial, al impacto más concreto de tres casos principales, a saber, el de Soquimich (SQM) y el financiamiento de las campañas; el caso Caval que involucraba a la familia directa de la Presidenta y el grupo financiero Penta, el que involucraba directamente, al principal partido de la oposición (UDI).

El Informe, afirma haber detectado factores principales en los que pueden detectar riesgos de corrupción, los que se expresan así: “[e]ntre ellos se cuenta el gran margen de discrecionalidad de una autoridad política como el alcalde; la gran cantidad de recursos públicos asociados a sus múltiples y diversas funciones; la falta de estándares adecuados de cumplimiento efectivo sobre ejecución presupuestaria y administración financiera; la falta de personal profesional idóneo, así como la débil estabilidad laboral en muchos cargos, y la existencia de honorarios asociados a programas con designación —en número y calificación de gran discrecionalidad— del alcalde; la ausencia de un patrón compartido de comportamiento de probidad; el insuficiente estándar y cumplimiento de las

³⁷³ Informe Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, abril de 2015. pág. 104.

*reglas sobre transparencia; y la falta de controles adecuados en las áreas sensibles, así como de las sanciones correspondientes a los funcionarios y autoridades locales por faltas e ilícitos en probidad y cumplimiento de normas*³⁷⁴.

El diagnóstico, creemos que es generalmente compartido por toda la sociedad, las propuestas son numerosas (236), aunque muchas de ellas, parecen solo una reafirmación de proyectos legislativos que ya estaban en el curso de su discusión legislativa en el Congreso, otros en cambio, optan simplemente, por reafirmar la necesidad de revisar estándares de recomendaciones de organismos como la OCDE y, finalmente, existen propuestas que parecen salir del mandato e incluso, pensamos que podrían debilitar el mensaje general y el objetivo de la labor encomendada a esta Comisión.

Los ejes centrales de los conceptos que se emplean en el informe son, el de la transparencia, por una parte, que aparece en 80 páginas del informe y, el de la confianza, que figura en 52 páginas del mismo informe. De hecho, casi pudiera confundirse en cuanto a si el mandato que tenía esta Comisión era en realidad recuperar la confianza, cosa que no parece ser factible, sino que la desconfianza generada como efecto, según el diagnóstico, la que se debería a los casos de corrupción.

Tanto es así, este énfasis, que existen medidas recomendadas por la Comisión, que no parecen tener ninguna relación con el mandato, como reiteramos, es el mal funcionamiento del financiamiento de la política. Con todo ello, no deja de sorprender que el eje más importante del anuncio de la Presidenta fuera el cambio constitucional, al revelar 4 días después de recibir el informe y mantener “secreto al conocimiento público”, hasta ser evaluado o filtrado su contenido, en lo que aparece además de un error político de oportunidad, una falta de comprensión de la importancia de la transparencia y la oportunidad de ésta como un valor esencial.

Como ya se ha reiterado, y es la base del derecho de acceso a la información, el contenido de este informe, no pertenece al Gobierno, ni a la Presidenta, se trata de información pública que debió hacerse público en el mismo acto de recepción. Si el mandato de la Comisión, no era el de la confianza, entonces, nos parecen innecesarios los anuncios de un cambio constitucional y el conducir a un proceso de consultas para una nueva constitución, que a la vez, parecen contradictorias si al mismo tiempo se

³⁷⁴ Informe Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, abril de 2015. pág. 35.

están anunciando, cambios de determinados artículos constitucionales y en los que la propia Comisión, no identificó como una traba a la mejora de la probidad, esto es la Carta Fundamental, el efecto mediático, empero fue fatal para las recomendaciones de la Comisión, relegando a un segundo plano su importante misión, y la evidente instrumentalización que se hizo de su labor.

En la misma línea, existen recomendaciones que, tampoco nos parece que digan relación con el eje del mandato, como por ejemplo, la ley reservada del Cobre, cuyo rol es el financiamiento de la defensa nacional y, nos parece que nada tiene que ver, con el financiamiento de los partidos políticos. Este efecto fue calificado por varios comentaristas y expertos como una cortina de humo, “[l]a apuesta de la Moneda, es simple: intentan salir del tema de los escándalos del financiamiento político, que ya los toca a ellos mismos, y centrar la atención en otra cosa³⁷⁵”. Contrariamente, a lo que se pretende, para Benítez, lo que la ciudadanía desea, es aclarar y sancionar los hechos, la probidad del sistema político, esto, en definitiva, habría debilitado el trabajo de la Comisión.

Otro especialista de la política, Gonzalo Cordero, critica que se tratara mucho más que el tema de la probidad, lo que está implícito en el informe y en las propuestas, que “[l]o que la Presidenta plantea implícitamente es que ninguna agenda de probidad será eficaz sin un nuevo pacto social que “democratice” las relaciones entre los ciudadanos y de éstos con los poderosos.³⁷⁶”

Aparentemente, el anuncio cruzado del inicio de un proceso de consultas ciudadanas, para una nueva Constitución, estaría en línea con el diagnóstico del grave deterioro de nuestra democracia y crea abusos, privilegios y desigualdades, para el Diario El Mundo, se “[b]usca terminar con “las irregularidades y las faltas a la ética” puestas de manifiesto en los recientes escándalos que han minado la confianza ciudadana en la clase política³⁷⁷”, aunque no es clara la vinculación del diagnóstico de la grave crisis que realiza la Presidenta, y la necesidad por esta causa de una nueva Constitución, aunque este sea un tema que en sí mismo es muy relevante y en el que

³⁷⁵ BENÍTEZ, Andrés; Diario La Tercera <http://voces.latercera.com/2015/05/02/andres-benitez/cortina-de-humo/> (acceso 2 de mayo de 2015).

³⁷⁶ <http://voces.latercera.com/2015/04/30/gonzalo-cordero/mucho-mas-que-probidad/> (acceso 2 de mayo de 2015).

³⁷⁷ <http://www.elmundo.es/internacional/2015/04/29/55402de6268e3efb348b4581.html> (acceso 2 de mayo de 2015).

ya existe un debate nacional en desarrollo, no se entiende la línea argumentativa ni está del todo claro, la ventaja política de unir ambos temas.

Para la BBC, se anuncian 2 temas separados, y en conjunto, con la nueva Constitución *“también presentó una serie de medidas destinadas a luchar contra la corrupción”*, y lo que resulta menos claro, es con cuanto apoyo contarán estas medidas anunciadas que debilitan el poder del Congreso, *“el gran interrogante, explicó el corresponsal de BBC Mundo, es si el Congreso aprobará un paquete de medidas que acota el poder de actuación de los propios legisladores, regula más estrechamente su relación con las empresas privadas y limita el financiamiento de los aspirantes a cargos públicos”*³⁷⁸.

Uno pudiera pensar que el nombre de la Comisión parecía suficientemente claro para entender su labor, esto es, *“contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción”*, sin embargo, y como agrega la Editorial de la Tercera, proponer el estudio de *“medidas que permitan al Estado capturar una mayor parte de las ganancias asociadas a su propia acción, por ejemplo, en casos de cambios de uso de suelo”*, forma parte del tipo de iniciativas que sobrepasan los objetivos que dieron origen a este comité y, a fin de cuentas, no es distinto a promover un impuesto a la plusvalía³⁷⁹.

La editorial, al igual que otros sectores críticos, echan en falta que la Comisión que asumiera una gama de temas tan variados y que requieren un análisis pormenorizado, sin embargo, *“[s]e extraña, en cambio, una referencia específica al ya mencionado conflicto de atribuciones entre el Servicio de Impuestos Internos y la Fiscalía Nacional”* y el eje de la recomendación parece sugerir el desplazamiento al Estado del control de la actividad política y la desconfianza y prohibición de financiamiento por parte de empresas o personas jurídicas de las campañas o los partidos políticos.

El debate continúa, en otra editorial, en el mismo sentido, y que mantiene similares críticas, al afirmar que *“[n]ada de esto se relaciona directamente con los asuntos tratados por el consejo asesor e inevitablemente diluye su contenido. Pero al mismo tiempo envía una señal equívoca del alcance de la Constitución que nos debe regir. Una de las críticas más habituales que esta enfrenta es la cantidad de materias que regula, dejando*

³⁷⁸

BBC

29

de

abril

de

2015,

http://www.bbc.co.uk/mundo/ultimas_noticias/2015/04/150428_chile_bachelet_nueva_constitucion_lav (acceso 2 de mayo de 2015).

³⁷⁹ Diario la Tercera Editorial <http://diario.latercera.com/2015/05/02/01/contenido/opinion/11-188687-9-informe-del-consejo-anticorrupcion.shtml> (acceso 2 de mayo de 2015).

*poco espacio para que las decisiones respecto de esos asuntos recaigan en quienes han obtenido la mayoría electoral*³⁸⁰.

En todo caso, sí existe un reconocimiento que la Comisión abordó muchos de los temas relevantes, como los Municipios, que son espacios de gobiernos locales con muy poca *accountability* y bajo desempeño de la ley de transparencia, se aumenta la cobertura del proceso de selección de funcionarios de Alta Dirección Pública, se aumentan las personas sujetas a la declaración de intereses y se modificará su esquema, el énfasis de las propuestas por el lado del financiamiento de la política, según este medio parecen ir en la línea que *“propuestas del consejo en este ámbito conllevan el serio riesgo de debilitar aún más la escasa renovación de figuras que se da hoy y fosilizar el actual cuadro político, dominado por la Nueva Mayoría”*.

Las conclusiones respecto de las campañas electorales fueron consideradas como “planteamientos débiles” y se critica que no se postulara fortalecer la competencia política, aunque sí promueve la mayor democratización interna en el funcionamiento de los partidos, cosa muy necesaria y la limitación de las reelecciones indefinidas de parlamentarios y alcaldes. Finalmente, este periódico comenta que *“[l]a suma de cambios políticos y electorales que se configura hace temer que los partidos de oposición encontrarán muchas dificultades para levantar recursos para las campañas de 2016 y 2017, mientras el Ejecutivo no ha comprometido ninguna autorregulación o contención en su gestión del aparato estatal”*.

Desde luego, que las propuestas cuentan con defensores, como Sergio Bitar, quien afirma que no puede pensarse que este esfuerzo debe limitarse a los cambios legislativos, y que cree *“[...] necesario instalar un Consejo Nacional de Probidad que asesore a la Presidenta durante el periodo 2015-17*³⁸¹”, estima que la base de los abusos y malas prácticas estarían en la concentración del poder en pocos empresarios, y que por ello sería fundamental vincular las reformas anunciadas a una nueva Constitución, *“[e]l avance hacia la transparencia y la probidad es parte del proceso de transferencia de poder, en consecuencia, debe ir sincronizado con otras transformaciones económico sociales*

³⁸⁰ Diario El Mercurio Editorial, Jueves 30 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/30/31404/Informe-anticorrupcion-y-cauce-institucional.aspx> (acceso 2 de mayo de 2015)

³⁸¹ Radio Cooperativa Blog <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150501153335/nueva-agenda-2015-2017/> (acceso 2 de mayo de 2015).

que signifiquen mayor distribución del poder”.

Es el propio Presidente de la Comisión quien parece reafirmar que el rol de su mandato no era otro, “[p]ara recomponer las confianzas de la ciudadanía en sus líderes políticos y empresariales se requieren nuevas reglas, nuevas regulaciones, nuevos marcos éticos a futuro, y eso es lo que abordó nuestra Comisión, ése fue el mandato que teníamos³⁸²” y afirma que será un paso relevante para salir de la crisis actual en la que está la política chilena.

Las propuestas de la Comisión son consideradas por José Antonio Viera-Gallo, un ambicioso plan de transformaciones que requieren decisión y perseverancia ya que “[l]a mera legalidad es impotente para moldear la conducta de los ciudadanos y de las organizaciones si no se opera una transformación cultural que incida en la conciencia de la gente. El incentivo a la educación cívica debe abarcar a todas las personas”. Y celebra que se hayan establecido recomendaciones de programas de educación cívica en los colegios, lo que debería abarcar no sólo a funcionarios públicos, sino que también a los privados. Estima, a su vez, que el aporte de la sociedad civil fue muy significativa y que salvo la mala reacción de los sectores políticos y empresarial por su involucramiento directo en algunos casos, debe considerarse como positivo y “[u]na señal alentadora ha sido la reacción ciudadana frente a lo que está sucediendo: la prensa ha denunciado e investigado libremente, las redes sociales se han mantenido alertas para evitar que se echara tierra a los escándalos, fiscales, policías y jueces están cumpliendo con su deber de investigar y sancionar”.

La formación cívica es mirada con desconfianza por algunos y como una medida de mayor presencia estatal e incluso de control de sus contenidos, para José de la Cruz Garrido “[f]ortalecer un estado cuyo carácter “democrático” no podrá ser objeto de un juicio crítico es un riesgo al que la Comisión Engel alude proponiendo “apoyar la formación de sujetos autónomos y críticos en sus diferentes grados de pensamiento” (p. 90). A mi juicio, otra manipulación para estrechar las libertades cívicas en favor de una burocracia estatal que hoy es poco transparente”³⁸³.

³⁸² Radio Cooperativa 29 de abril de 2015 <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/transparencia/eng.ira-que-la-ciudadania-recupere-la-confianza/2015-04-29/085057.html> (acceso 2 de mayo de 2015).

³⁸³ <http://www.latercera.com/noticia/opinion/correos-de-los-lectores/2015/04/896-627644-9-corrupcion-y-cambios-constitucionales-ii.shtml> (acceso 2 de mayo de 2015)

En relación con la transparencia, en concreto, el informe de la Comisión, planteó las siguientes medidas³⁸⁴: *“1. Considerando que la transparencia, el acceso a la información pública y la probidad son pilares de la democracia representativa y del buen gobierno, y que el acceso a la información pública es un derecho fundamental, el Consejo recomienda el reconocimiento explícito en la Constitución de la transparencia y del acceso a la información pública como principios rectores del actuar de la administración del Estado, así como la consagración del derecho a acceder a información pública como una garantía constitucional”*.

Se realza la importancia de la transparencia como eje central, y como un derecho fundamental, que no ha sido reconocido así por la legislación nacional, aunque sí por la jurisprudencia internacional. Es al mismo tiempo, un viejo anhelo de sectores promotores del acceso a la información pública el que sea reconocida a nivel constitucional, e incluso, ya se encuentra en debate la modificación del artículo 8.º de la Constitución en este sentido, aunque como veremos más adelante, no se ha logrado un apoyo decidido del ejecutivo que ha demorado bastante su tramitación.

“2. La Ley de Transparencia actualmente tiene importantes limitaciones respecto del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de órganos con autonomía constitucional, aun cuando ha habido avances. El Consejo recomienda equiparar y fortalecer las obligaciones que establece la Ley 20.285 sobre el derecho de acceso a la información del Poder Legislativo, del Poder Judicial y de órganos con autonomía constitucional, obligándolos a cumplir con el mismo estándar que se aplica en el Poder Ejecutivo, y extendiendo la competencia del Consejo para la Transparencia a todas las instituciones del Estado. Con esto, se busca convertir a este órgano especializado en una ventanilla única a la cual los ciudadanos y las ciudadanas puedan recurrir en caso de incumplimiento del principio de transparencia y acceso a la información”.

En esta propuesta se amplía la aplicación a entidades públicas, pero no del gobierno central, que hasta ahora no estaban incluidas expresamente en la aplicación de obligaciones de transparencia activa ni pasiva. Existían eso sí algunas iniciativas de orden voluntario dentro de la iniciativa del gobierno abierto y algunos estándares particulares en algunas entidades, pero es interesante la propuesta que deja de considerar exentas a entidades públicas que no deben tener una protección de un velo,

³⁸⁴ Informe Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, Op. cit.377 . pág. 47-48

salvo en los propios criterios que establece la legislación general, al igual que la propuesta anterior, busca ampliar la mirada de aplicación y de interpretación de la transparencia y nos parece, asimismo, una propuesta apropiada, aunque no es realmente novedosa.

“3. El Consejo recomienda garantizar el acceso a correos electrónicos institucionales en los mismos términos que la Ley 20.285 de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado establece actualmente para toda información pública”.

En este caso, se recurre a resolver un caso concreto que fue debatido en la jurisprudencia y que concluyó con el rechazo por parte del Tribunal Constitucional de los correos electrónicos del Ministro Larroulet, haciendo énfasis que el continente es lo relevante, ya que se trata de un servidor de internet público y por ese solo hecho debería considerarse que está sujeto a la ley. En el caso de esta propuesta, no nos parece que tenga una justificación, aunque sí admitimos que se trata de un caso muy debatible, y al que nos referiremos en esta investigación al comentar las decisiones del Consejo para la Transparencia.

“4. Consagrar legalmente un portal de transparencia del Estado, cuya administración y control corresponda al Consejo para la Transparencia. En él se deberán encontrar unificados y sistematizados los antecedentes de transparencia activa y canales de acceso a la información de todos los sujetos obligados por el principio de transparencia en el Estado”.

Es una recomendación de buena administración y que mejoraría la administración y gestión y que entrega al Consejo para la Transparencia su control y administración. La preparación de un portal del Estado facilitaría el acceso, las consultas, la administración y respuesta de estos requerimientos y está en armonía con la visión de una perspectiva estatal de información pública y de libre acceso.

“5. Con la finalidad de garantizar el acceso a la información pública y contar con un sistema adecuado de gestión de documentos del Estado, se recomienda modificar la legislación en materia de archivos, estableciendo obligaciones, plazos y procedimientos para asegurar el buen resguardo de los archivos públicos y los mecanismos eficaces para el acceso a la información”.

Esta propuesta nos parece que sí atiende un aspecto muy significativo y que ha

terminado siendo una piedra de tope en el cumplimiento práctico de la aplicación de la ley 20.285, ya que la ausencia de mecanismos adecuados, eficientes y que protejan la documentación y los archivos tanto físicos como electrónicos, es una debilidad muy concreta y que hace de hecho impracticable el ejercicio y si consideramos que es una buena recomendación que va en un sentido práctico y concreto.

“6. En los últimos años, la comunidad internacional ha creado distintas instancias que buscan fomentar la interacción entre gobierno y sociedad civil, con el objeto de mejorar la gestión y construir nuevas confianzas con los ciudadanos a través de políticas de fortalecimiento de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas y uso innovador de la tecnología, entre otros”.

En esa línea, el Consejo recomienda fortalecer la participación de Chile en instancias de este tipo, como en la actualidad lo son la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP, por sus siglas en inglés) y la Alianza Global para la Auditoría Social (GPSA, por sus siglas en inglés).

“Fortalecer a la unidad encargada de promover políticas de transparencia y probidad al interior de la administración central, dotándola de mayor voz y capacidad para articular a los distintos órganos públicos que la componen (en la actualidad se encuentra incorporada a la Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia dependiente de la Secretaría General de la Presidencia).

Crear una política nacional de datos abiertos que incorpore a todas las instituciones del Estado, y que garantice la disponibilidad de la información pública en un solo sitio web, con bases de datos actualizadas y libres para utilizar, reutilizar y distribuir”.

Es deseable que exista mejor y mayor interacción con la sociedad civil y que esta tenga diversos canales por la vía de iniciativas que sean replicadas en experiencias comparadas, y que al mismo tiempo, además de facilitar una interacción y diálogo fluidos, forme parte de un proceso de mejora continua a través de los requerimientos, participación y *feedback*, que mejore el servicio por parte del Estado, en este sentido.

Al finalizar el primer plazo, que fuera planteado por la propia Presidenta Bachelet, de tan solo 15 días para las primeras medias de orden administrativo, que se podrían implementar mediante la potestad reglamentaria, se dieron a conocer la primeras acciones en conformidad con la Agenda para la Transparencia y la Probidad de los Negocios y la Política, se trata en concreto, de 14 medidas administrativas, las

que la propia Presidenta ha calificado como “[...] *una Agenda profunda, porque apunta a la raíz de los problemas, aun sabiendo que afectará intereses y provocará oposiciones. Y es institucional, porque necesitamos reglas transparentes, conocidas por todos y que nos darán estabilidad en el tiempo*”,³⁸⁵ no se trata, debemos advertir, de medidas muy profundas ni sorprendentes, ya que previamente, existía consenso sobre su necesidad y conveniencia:

- publicidad a los lobistas;
- directrices para publicar códigos de buenas prácticas;
- desarrollar un plan de formación ciudadana;
- instructivo presidencial sobre declaraciones patrimoniales y de intereses;
- dar rango constitucional al SERVEL;
- tipificar los delitos de cohecho y de corrupción;
- encomendar un estudio ante la OCDE, para implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas;
- perfeccionar la normativa de compras públicas;
- decreto que modifica la ordenanza general de urbanismo y construcción, sobre uso de suelo, para dar publicidad a la planificación territorial; y
- se anuncian asimismo, 18 medias legislativas, que se despacharán en el plazo fijado de 45 días desde su anuncio, el 28 de abril de 2015.

Las medidas, si bien no resuelven los problemas pasados, sin embargo, si procuran impedir que se generen prácticas similares en el futuro y que en el caso de suceder, éstas tengan una adecuada sanción, en todo caso, y “*más allá de la naturaleza de cada una de las medidas administrativas o de los proyectos de ley que se propongan, es fundamental constatar que el solo enunciado de prohibiciones o límites no asegura la desaparición de prácticas indeseadas*”³⁸⁶.

³⁸⁵ <http://www.gob.cl/2015/05/11/agenda-para-la-transparencia-y-la-probidad-en-negocios-y-politica-conoce-las-principales-medidas/> (acceso 14 de mayo de 2015).

³⁸⁶ Editorial Diario El Mercurio, Sábado 16 de mayo de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/16/31844/Plan-gubernamental-de-probidad.aspx> (acceso 17 de mayo de 2015).

Para la Presidenta Bachelet, el énfasis en la transparencia, parece ser un tema central y así lo explicita al comunicar sus anuncios, las medidas contribuyen a la transparencia, agregado que *“una sociedad que promueve decididamente la transparencia en el ámbito público y privado, debe también asegurar el correspondiente derecho a la privacidad y protección de la intimidad y de los datos personales. Por eso, hemos incluido en esta Agenda, el envío del proyecto de ley de protección de datos personales”*³⁸⁷.

El anuncio, aunque con grandes expectativas del gobierno, se considera insuficiente por la sociedad civil, como afirma María Jaraquemada³⁸⁸ de Ciudadano Inteligente, ya que según explica, no recogió algunas de las medidas que sugirió la propia Comisión, y que es la que sustenta la decisión Presidencial, como la consagración a nivel constitucional del derecho de acceso a la información, ampliar el ámbito del rol fiscalizador del Consejo para la Transparencia a otros poderes del Estado como Poder Judicial y Congreso, así como consagrar legalmente el portal de transparencia del Estado de Chile.

En esta misma línea, un medio electrónico de la prensa, comenta que *“[...] llama la atención la desafección del marco propio de referencia, fijado en las propuestas de la Comisión Asesora Presidencial para la Corrupción, que hace poco más de dos semanas entregó sus resultados y recomendaciones. Entre ellas, las referidas a la industria del lobby”*³⁸⁹.

Al parecer, los esfuerzos bien o mal planteados, para enfrentar un objetivo tan trascendental del sistema democrático, no fueron logrados o, al menos, aún no se aprecian los beneficios de esta estrategia política y legislativa.

Parece además atendible, ya que se trata de un problema grave, el de la corrupción, y respecto del cual, se debe tener una mirada sistémica de la sociedad e incorporar aspectos culturales, especialmente, cuando se están aplicando modelos importados de legislaciones que traen tradiciones jurídicas y culturales de grandes diferencias. Se debe tener presente algunas de las recomendaciones que al efecto, ha

³⁸⁷

<http://www.gob.cl/2015/05/11/mandataria-lanza-agenda-para-la-transparencia-y-la-probidad-en-los-negocios-y-en-la-politica/> (acceso 14 de mayo de 2015).

³⁸⁸ JARAQUEMADA, María; Agenda de Probidad y transparencia Diario la Segunda Miércoles 13 de mayo de 2015.

³⁸⁹ Editorial Diario El Mostrador 24 de mayo de 2015, <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/05/12/609359/> (acceso 24 de mayo de 2015).

señalado Sabas Chauán, Fiscal Nacional, quien en su cuenta pública de 2015, en la que indica que deben incluirse aspectos procesales que mejoren y faciliten las investigaciones, en especial, según afirma en el ámbito municipal, donde no existen controles efectivos y hay un evidente riesgo de corrupción y del desvío de recursos, para el Fiscal Nacional existe un convencimiento “[...] *que la gravedad de los hechos investigados en casos de corrupción hace aconsejable agotar las diligencias de investigación y preferir el término del caso en un juicio oral o abreviado, haciendo entonces una aplicación limitada y prudente de la suspensión condicional del procedimiento*”³⁹⁰.

Compartiendo también una preocupación de los gobiernos locales y la probidad, entre los factores identificables en los peligros de corrupción a nivel municipal, Engel identifica, “[...] *el amplio margen de discrecionalidad de los alcaldes, quienes manejan gran cantidad de recursos públicos asociados a sus múltiples y diversas funciones; la falta de estándares adecuados de cumplimiento sobre ejecución presupuestaria y administración financiera; la falta tanto de personal profesional idóneo como de estabilidad laboral en varios cargos importantes; la existencia de pagos por honorarios asociados a programas con designación por parte del alcalde con altos grados de discrecionalidad; el insuficiente cumplimiento de las reglas sobre transparencia y la falta de controles adecuados en áreas sensibles*”³⁹¹.

Todo lo anterior, está inserto en los desafíos de un proceso retardado de descentralización y de desconcentración administrativo, mejorar e incluir declaraciones patrimoniales de varios funcionarios, incluir en el proceso de selección para la Alta Dirección Pública e incrementar los actuales niveles de transparencia de los municipios, todas estas medidas fueron incluidas entre las recomendaciones de la Comisión Anticorrupción.

3.18 Transparencia y desconfianza

La confianza según coinciden varios autores, “[...] *corresponde a la capacidad de inclinarse y optar por cooperar con otro a pesar de no contar con plena certeza sobre la*

³⁹⁰ cuenta pública 2015 - fiscalía de Chile discurso del fiscal nacional sr. Sabas Chahuán Sarrás pág. 6.

³⁹¹ ENGEL, Eduardo; Diario La Tercera 24 de mayo de 2015 <http://voces.latercera.com/2015/05/24/eduardo-engel/falta-de-probidad-en-municipios/> (acceso 24 de mayo de 2015).

capacidad y disposición de este otro a velar por mi integridad o intereses”³⁹². Ella, se puede dar a varios niveles, interpersonal, institucional y también en los sistemas.

La pérdida de los niveles de confianza en las instituciones públicas, no es algo restringido y un mal privilegio de Chile, sino que se trata de una tendencia preocupante de la región latinoamericana, pero que muchas veces, traspasa incluso los ámbitos regionales. Los escándalos de finales del año 2014 y principios de 2015, no hacen más que confirmar las sospechas de los ciudadanos, que piensan sin tener necesariamente una información concreta, que los funcionarios y, mucho más, sus representantes en el Congreso, no hacen más que hacer un festín de sus tareas de representación política, ello puede atribuirse a diversas variables, pero el efecto en la imagen es innegable.

Chile se encuentra entre los países más desconfiados del mundo, compartiendo su ranking dentro del peor 30% y con México, está cercanamente en el subgrupo de la OCDE, únicamente el 12% de los chilenos considera que se puede confiar en la mayor parte de las personas y solo el 3% de los chilenos, cree que se puede confiar mucho o bastante en los partidos políticos y en el Congreso, lo peor de esta apreciación, es que estos datos fueron tomados en encuestas³⁹³, que fueron tomadas antes de la crisis actual, lo que hace presagiar que su tendencia será en la tendencia de aumentar esta desconfianza generalizada en los demás y en lo público. La desconfianza, solo termina en una consecuencia clara, esto es desaparece la legitimidad de la institucionalidad, menor participación en la vida política y ciudadana, contribuyendo a un aumento de las desconfianzas y un alejamiento de las decisiones, ante ello, Ignacio Irarrazábal, advierte que *“[h]emos llegado al límite: si Chile no crea condiciones que fomenten la confianza entre la población, nuestro país podría ver paralizado su crecimiento, deteriorada su democracia y disminuido el bienestar de la sociedad civil. Por eso, la crisis de confianza que vivimos debiera ser motivo de preocupación pública, y uno de nuestros objetivos debiera ser incrementar los niveles de confianza entre la población*”³⁹⁴.

³⁹² ROUSSEAU, SITKIN, BURT, & CAMERER; 1998 citado en Confianza, la clave para el desarrollo de Chile, Centro de Políticas Públicas UC, Marzo 2015 <http://politicaspubblicas.uc.cl/> pág. 11.

³⁹³ Encuesta Mundial de los Valores 2010-2014.

³⁹⁴ IRARRÁZABAL, Ignacio; Diario El Mercurio 17 de marzo de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/03/17/30224/El-limite-de-la-desconfianza.aspx> (acceso 19 de abril de 2015)

La crisis es compartida y transversal, tanto en el sector público y privado y, por ello, se trata de una tarea de la sociedad y en la conveniencia de todos, hacer los esfuerzos por revertir esta grave tendencia.

La sociedad de la información y de la opinión, descansa según Byung Chul Han, en una comunicación desmediatizada, en la que cada uno se quiere representar a sí mismo, y ello “pone en apuro a la democracia representativa”. De esta manera, este autor nos anticipa que “[...] *la presión de desmediatización se representa como exigencia de más participación y transparencia*”³⁹⁵.

El propio informe de la Comisión Anticorrupción, nos advierte que la prolongación de tiempo de malas prácticas resulta en afectar las confianzas, “*hay un riesgo evidente de que en los ciudadanos cunda el desaliento acerca del régimen político en que viven y el escepticismo respecto de la institucionalidad, generando una situación de falta de legitimidad*”³⁹⁶.

En el diario electrónico El Mostrador, también se recoge esta percepción de que “[e]l país experimenta una crisis de confianza política en las autoridades. Ella ha pasado en corto tiempo de una apreciación de malas políticas de Gobierno a una convicción de corrupción pública, impulsada preferentemente por el financiamiento ilegal de la política, el tráfico de influencias o las crisis de regulación en el ámbito financiero. Pero no va acompañada de crisis social sino de distancia ciudadana”³⁹⁷.

Y ello nos parece que acrecentará, lamentablemente, este proceso de falta de legitimidad en la que deposita la confianza en los representantes y que se reafirma periódicamente mediante la votación.

El propio Presidente de la Comisión Anticorrupción, Eduardo Engel explicita el resultado de su, gestión desde la mirada de la confianza y sus desafíos, “[p]ara recomponer las confianzas de la ciudadanía en sus líderes políticos y empresariales se

³⁹⁵ HAN, BYUNG-CHUL. Op. cit. 18, pág. 35.

³⁹⁶ Informe Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, Op. cit. 377 pág. 29.

³⁹⁷ Editorial Diario El Mostrador 24 de mayo de 2015, <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/05/12/609359/> (acceso 24 de mayo de 2015).

*requieren nuevas reglas, nuevas regulaciones, nuevos marcos éticos a futuro, y eso es lo que abordó nuestra Comisión, ése fue el mandato que teníamos*³⁹⁸.

La manera de enfrentarlo, era restringir el aporte de los dineros a las malas prácticas de los partidos, *“ni un peso más para los partidos como funcionan ahora, sí dinero para partidos que funcionen bien, sólidamente y democráticamente”*.

La crisis que vive la sociedad mundial y, en particular, la crisis de representatividad en la democracia latinoamericana, solo para hacer un enfoque regional, se trata de algo sistémico, pero se requiere hacer el diagnóstico acertado respecto de sus causas, factores y posibles soluciones. Sin duda, que se trata de una crisis de los valores, y entonces ¿de qué servirá tener mayor información? *“La ciudadanía se enfrenta incrédula, a un cúmulo de situaciones que develan una falta de ética que impacta nuestro sentido republicano. Se erosiona nuestra democracia, porque ésta se sustenta, tanto en las instituciones que le dan forma a la competencia política, como en la capacidad de compartir valores que se sobrepongan a las ambiciones de los grupos, de manera que no primen los intereses particulares, por sobre el bien común general. Es esta perspectiva la que está en duda hoy, en el debate público”*.³⁹⁹.

Se trata, entonces, como señala Rosell de un tema de calidad, como un elemento de la probidad pública.

La confianza es, desde luego, un elemento central en la convivencia de la sociedad política, pero también lo es, en la construcción de relaciones de los empresarios, con los trabajadores, de los inversionistas, de los ciudadanos, sin confianza no puede existir cohesión social ni puede asegurarse una convivencia pacífica. *“En el terreno económico, no es la benevolencia de los empresarios lo que da confianza, sino el convencimiento de que hay eficaces instituciones que protegen la propiedad y aseguran transparencia y libre competencia en los mercados”*⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Radio Cooperativa <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/transparencia/eng.ira-que-la-ciudadania-recupere-la-confianza/2015-04-29/085057.html> (acceso 10 de mayo de 2015).

³⁹⁹ ROSELL, Rafael; El Mostrador 3 de mayo de 2015, <http://www.elmostrador.cl/opinion/2015/05/03/la-calidad-un-elemento-de-la-probidad-publica/> (acceso 10 de mayo de 2015).

⁴⁰⁰ FONTAINE, Juan Andrés; El Mercurio 19 de abril de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/04/19/31121/Desconfianza.aspx> (acceso 19 de abril de 2015).

La crisis de confianza parece ser tan brutal, afirma el Presidente del Senado Patricio Walker, que solo podemos enfrentarla con transparencia, *“[n]o hay duda que hoy estamos enfrentando una fuerte crisis de credibilidad y confiabilidad en la política y los asuntos públicos, lo que siendo un problema de importantes dimensiones, es también una oportunidad de transformación, haciéndonos cargo de implementar los más altos estándares en materia de transparencia, pues ésta se ha instalado en el mundo de hoy como un requisito indispensable para el mejoramiento sustantivo de la democracia y el desarrollo de la sociedad”*⁴⁰¹.

Con la opacidad, sostiene el Presidente del Senado, no se puede recuperar la confianza. La transparencia, nuevamente, se transforma en un adalid de la salvación ante los escándalos y las malas prácticas, pero reiteradamente nos parece que se emplea este concepto de salvación, sin saber con exactitud, de qué se está hablando. *“La transparencia es un pilar necesario para el fortalecimiento de la democracia pero insuficiente. Más transparencia no implica autoridades e instituciones más democráticas. Convencernos de que la transparencia es sinónimo de democracia es encandilarse con el espejismo y juego de luces para legitimar lo que hay sin hacer cambios sustanciales”*⁴⁰².

Sostiene Francisco de Ferari, que no se trata de informar, sino de incluir a las personas en las decisiones, no se resuelve abriendo las cortinas y limpiando los vidrios sucios para que la ciudadanía sea un mero espectador pasivo, de lo que resuelven otros (sus representantes), en lo que hemos denominado la Transparencia Participativa, ahí estaría la respuesta a la crisis de la democracia representativa y en la que las desconfianzas están a la orden del día.

Es, precisamente, la desconfianza la que parece generar la necesidad de mayor transparencia y ésta, sin entenderse adecuadamente y dentro de un proceso de fortalecimiento de las instituciones y una visión republicana, al carecer de un propósito el objetivo de la transparencia, puede terminar ampliando la brecha de la desconfianza y, comenzar un nuevo ciclo de la necesidad de mayores flujos de información que nutren, aún más la desconfianza.

⁴⁰¹ WALKER, PATRICIO; <http://yornal.cl/opinion-probidad-y-transparencia-reformas-que-duelan/> (acceso 10 de mayo de 2015).

⁴⁰² DE FERARI, Francisco; Radio Cooperativa 17 de abril de 2015 <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150417132052/la-insuficiente-ilusion-de-la-transparencia/> (acceso 10 de mayo de 2015).

Por otro lado, “[l]a desconfianza nos permite protegernos de abusos y exigir ciertas respuestas especialmente de quienes tienen el poder. Pippa Norris (1999) plantea la necesidad de ciudadanos críticos (*critical citizens*) que obliguen al otro a proveer de información y transparencia”⁴⁰³.

“El surgimiento de una sociedad más crítica ha transformado la visión de poder proponiendo la confianza como forma de coexistencia pacífica, exigencia de transparencia y garante de estabilidad”⁴⁰⁴.

Al final, una transparencia vacía, solo terminará implicando una confianza también vacía, por ello “[...] las medidas que buscan aumentar la transparencia de las instituciones, la relación entre el dinero y la política, las sanciones a los fraudes y corrupciones, entre otros, debieran ir acompañadas de un proceso de reconstrucción de la reputación y credibilidad de los actores políticos, de tal forma que la ciudadanía pueda confiar en la buena voluntad y honorabilidad de estos”⁴⁰⁵.

Para que los ciudadanos confíen en sus instituciones, se requiere que las instituciones sean exigidas para que la democracia tenga un buen funcionamiento y ello, afirma Engel en su discurso de entrega del informe final de la Comisión, del 24 de abril, “[c]uentan con partidos políticos fuertes, enraizados en la sociedad y con una activa democracia interna; establecen procesos justos y transparentes para elegir y fiscalizar a las autoridades; tienen gobiernos con la capacidad de formular y gestionar de manera eficaz políticas en beneficio del bien común y logran separar nítidamente los intereses privados”⁴⁰⁶.

La aparente falta de percepción política que está revelando el gobierno de Chile y también los actores políticos, tanto en el Ejecutivo, el Congreso y en los partidos políticos, no parece tener límite, nos parece que tratan de esconder y negar toda vinculación con los escándalos de boletas falsas, por servicios jamás prestados y que hoy no pueden demostrarse, por su intermedio, empresas muy importantes en Chile,

⁴⁰³ Confianza, la clave para el desarrollo de Chile, Centro de Políticas Públicas UC, Marzo 2015 <http://politicaspublicas.uc.cl/> pág. 17.

⁴⁰⁴ Confianza, la clave para el desarrollo de Chile, Centro de Políticas Públicas UC, Marzo 2015 <http://politicaspublicas.uc.cl/> pág. 9.

⁴⁰⁵ Confianza, la clave para el desarrollo de Chile, Centro de Políticas Públicas UC, Marzo 2015 <http://politicaspublicas.uc.cl/> pág. 27.

⁴⁰⁶ discurso Eduardo Engel Entrega informe final Viernes 24 de abril 2015, <http://consejoanticorrupcion.cl/sobre-nosotros/documentos-oficiales/> (acceso 26 de abril de 2015).

otorgaron financiamiento a los partidos y a las campañas electorales, generando como consecuencia, una desconfianza y una sensación amarga de que no existe transparencia oportuna ni relevante, respecto de hechos que ciertamente tienen connotación de delitos y fraudes tributarios y también un reproche de orden ético. Entonces, aparece que el requerimiento básico es que “[...] se reconozca la verdad sobre la forma como se obtuvieron y canalizaron los fondos para la campaña. Si bien eso puede generar costos importantes a corto plazo, también consolidaría un punto de partida definitivo para reconstruir la credibilidad e iniciar una agenda de reformas constructiva y reconocida como una solución verdadera a la crisis”⁴⁰⁷.

Hasta ahora, se trata de versiones manipuladas, parciales y distorsionadas de lo que existió y que, a todas luces, abarca prácticamente a todo el espectro político nacional, ha llegado, como señala una Editorial “La hora de decir la verdad”.

La recomposición de las confianzas, se entrega fundamentalmente en una perspectiva normativa y a través del mandato del Consejo Anticorrupción, esto es, “[p]roponer cambios legales o administrativos y formular recomendaciones de carácter ético en relación con los temas que justificaron su creación —corrupción, tráfico de influencias y conflictos de interés—, respecto de artidos políticos, parlamentarios, funcionarios públicos y empresarios”⁴⁰⁸.

Sin embargo, no podemos dejar de lado la advertencia que Tácito hacía más de 2000 años, “cuánto más corrupto es el Estado, más leyes tiene”, parece ser que entender la naturaleza humana y los problemas de probidad y corrupción, solo desde el control y las exigencias de mayor transparencia, tal vez no sean suficientes, ni oportunas en estos tiempos de desconfianza máxima.

Como ya hemos afirmado, se reitera por todos los actores públicos y privados una ciega fe en la transparencia como la solución, la salida de la crisis que se materializa en casos de transgresión de las reglas escritas y otras tácitas de la probidad, el recién electo Presidente de la CPC, Alberto Salas, reafirma que “[...] se requiere recuperar la confianza dañada, y eso pasa por la transparencia, la adecuada acción judicial en los casos

⁴⁰⁷ Editorial Diario La Tercera 24 de mayo de 2015 <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2015/05/894-631008-9-la-hora-de-decir-la-verdad.shtml> (acceso 24 de mayo de 2015).

⁴⁰⁸ Informe Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, Op. cit. 377. pág. 31.

*que corresponda y por actuar todos correctamente, dejando las malas prácticas del pasado*⁴⁰⁹.

La transparencia, como un elemento difuso y vacío, en el mismo sentido que planteaba Byung Chul Han, se trata más bien de una maniobra evasiva, se insinúa que las malas prácticas del pasado se desvanecerán, solo por efecto de la transparencia. Es muy claro que esta no es una medida concreta, es la misma actitud a la que han recurrido distintos líderes políticos que parecen buscar en instituciones genéricas y poco definidas, en una vía de escape, para resolver lo que internamente no han sido capaces de enfrentar, la corrupción no se resuelve solo con mayores flujos de información, sin una acción decidida y que atienda al origen, que es intrínsecamente cultural.

Ante los anuncios realizados por la Presidenta Bachelet, que se han enfocado a recuperar la credibilidad y la confianza, no constituye algo baladí, ya que “[l]a confianza interpersonal, institucional, o pública, depende básicamente de dos aspectos: por un lado se requiere de habilidad o competencia técnica para cumplir con lo que se espera del otro”⁴¹⁰. Agrega Ignacio Irarrázaval, que la confianza “[...] también depende de la integridad, es decir, la adhesión a ciertas normas éticas por parte del actor en quien se confía”. Para este autor, en todo caso, las propuestas sugeridas por la Comisión Anticorrupción, son un avance en mejorar en la integridad y en confianza en los actores públicos.

La crisis de confianza, que resume de manera simple, lo que ha sucedido en Chile, se ha hecho patente en el discurso presidencial de Bachelet a través de su cuenta pública anual del 21 de mayo de 2015, cuando se señala que “[...] se ha herido la confianza en que se basa nuestra convivencia. Confianza en que no habrá impunidad ante los atropellos. Confianza en que todos los ciudadanos tenemos los mismos derechos y somos iguales ante la ley. Confianza en que las instituciones amparan y obligan a todos.

⁴⁰⁹ SALAS, Alberto; Entrevista Diario La Tercera Negocios Domingo 17 de mayo de 2015 pág. 6.

⁴¹⁰ IRARRAZAVAL, Ignacio; Diario La Tercera 22 de mayo de 2015 <http://voces.latercera.com/2015/05/22/ignacio-irarrazaval/queremos-confianza/> (acceso 23 de mayo).

*Confianza en que nuestros representantes serán un ejemplo de probidad y no responderán a otros intereses que los de sus representados*⁴¹¹.

Por ello, la Presidenta en uno de los ejes de su discurso, señala que espera que volvamos a creer y que existan razones para recuperar la confianza. Termina su discurso de 36 páginas, con un llamado a la ciudadanía afirmando “[...] *queremos confianza y juntos vamos a restaurarla*”. Confianza es el tercer concepto más empleado en el discurso de la cuenta anual ante el Congreso (luego de desarrollo y crecimiento), y que es utilizado 16 veces.

El eje de su discurso presidencia, no era difícil de anticipar, y para algunos resulta evidente, “[...] *que la Presidenta de la República en su segunda Cuenta Pública a la Nación priorizará referir las medidas legislativas con que el Gobierno espera revertir los graves problemas de falta de probidad, corrupción, y regular la relación entre el dinero y la política*”⁴¹².

No nos parece nocivo, que el eje del discurso presidencia, se haya orientado en la necesidad de recomponer las confianzas en la administración de Bachelet, en las instituciones republicanas o la de enfrentar la crisis política que, de manera más explícita, se vive desde finales de 2014, sino que, al parecer lo que se pretendía con este discurso, no se haya logrado. Ascanio Cavallo describe su conclusión respecto del esfuerzo en el discurso Presidencial, “[n]o es verdad que la Presidenta haya superado su propia desazón con el informe Engel o el cambio de gabinete. No es verdad que el gobierno se sienta en posición de dar vuelta la hoja. No es verdad que todo haya terminado. No es verdad que haya confianza en que ha llegado el momento de “reconstruir nuestras confianzas”⁴¹³.

La desconfianza, en definitiva, ha dado paso a visiones muy negativas y de extremo pesimismo y pérdida de legitimidad, “[e]l paraíso de la mentira, tiene nombre, aunque cueste reconocerlo, Chile, en materia de transparencia y probidad, ha dejado de ser

⁴¹¹ mensaje a la nación de S.E., La Presidenta de la República Michelle Bachelet, Valparaíso, 21 de mayo de 2015 pág. 11.

⁴¹² MATURANA, Camila; <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150519175202/segunda-cuenta-publica/> (acceso 22 de mayo de 2015).

⁴¹³ CAVALLO, Ascanio; Diario La Tercera 24 de mayo de 2015, <http://voces.latercera.com/2015/05/24/ascanio-cavallo/por-sonado-lo-vivido/> (acceso 24 de mayo de 2015).

*ejemplo al menos en América Latina, del cual antaño nos sentíamos orgullosos, nos podíamos caer o equivocar en otras materias, pero al menos la fe pública siempre fue una reserva moral intachable*⁴¹⁴.

Cuesta entonces, evitar una preocupación ante miradas transversales en que muchos comparten visiones de desconfianza en las instituciones y las nocivas consecuencias para la República de ello. Chile, en la visión de algunos autores, estaría revelando un cambio sustancial, Héctor E. Schamis señala que, esto nos lleva al fin de la mirada basada en el excepcionalismo de Chile, hasta hace poco tiempo, Chile era considerado un país ejemplar, *“Chile era singular por no tener corrupción. Al menos eso se decía. Las multas de tránsito se pagaban, en lugar de coimear al policía. El sector público era eficiente, no una usina de nepotismo. Y los políticos no se enriquecían en el poder, regresando a su anterior austeridad una vez fuera de él*⁴¹⁵.

Al final, tenemos que admitir, que Chile es un país con gente normal y no una sociedad con “super ciudadanos” y está sujeta a los mismos peligros del poder y, debe por ello, contar con los mismos mecanismos de *accountability*, responsabilidad y de acceso a información.

Puede parecer, incluso una acción desesperada, en un gobierno que sigue perdiendo apoyo y credibilidad y cuya aprobación, cae por debajo del 30% y no parece tener una base de detención, en este contexto, se ha recurrido demasiadas veces, al uso y abuso del término “transparencia”, como una herramienta de política pública de salvación, una medida también invocada por acuerdos y convenios internacionales, como una recomendación deseable para el control y que, según afirma el informe de la comisión, *“[...] plantean que la transparencia y el acceso a información pública es esencial para reducir espacios de opacidad y posibles riesgos de corrupción, en la medida que aumentan las posibilidades de fiscalización interna y externa en toda institución pública o privada*⁴¹⁶.

⁴¹⁴ VELASCO, Sergio; <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150519114825/el-paraiso-de-la-mentira/> (acceso 22 de mayo de 2015).

⁴¹⁵ SCHAMIS, Héctor; Diario El País 17 de mayo de 2015 http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/17/actualidad/1431819567_541781.html (acceso 22 de mayo de 2015).

⁴¹⁶ Informe Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, Op. cit. 377. pág. 34.

Entre las medidas que se anuncia en este discurso presidencial, que está muy cercano en el tiempo de haber hecho públicas las recomendaciones de la Comisión Anticorrupción y de los anuncios de pocos días previos de varias medidas administrativas y legislativas, se proponen, en esta oportunidad, “[...] *transformaciones que perfeccionarán nuestra democracia, y reforzarán el poder de los ciudadanos y la rendición de cuentas, incentivando la cultura de la transparencia*”.

Al proponerse medidas preventivas de la corrupción, en un primer acápite están enfocadas a los gobiernos locales (municipios) y, en entre las recomendaciones, que nos interesan para nuestro análisis, solo recogeremos algunas de ellas:

- elaborar un plan gradual de capacitación y profesionalización del personal y potenciar su profesionalización;
- aumentar los cargos que sean objeto de selección mediante el proceso de Alta Dirección Pública;
- incluir la exigencia de un curso sobre probidad, organizado por la Contraloría General de la República; y
- incluir mayores exigencias en las declaraciones de patrimonio e intereses.

La capacitación ha cobrado una pequeña relevancia en un proceso tan significativo y esencial de hacer parte a los funcionarios públicos de todo orden y, en especial, los funcionarios municipales, si bien la Comisión Anticorrupción, había adelantado una tímida recomendación en cuanto a que la Contraloría General capacitara a los funcionarios, pensamos que se trata de una labor enteramente necesaria y que debe asumirse de manera integral y con profundidad, es decir, capacitar a todos los cuerpos del organigrama del Estado, tanto en la implementación de las nuevas normativas nacionales e internacionales, así como de los estándares y buenas prácticas. Desatender esta tarea le restará con toda seguridad profundidad y hará perder la sensación de transversalidad y pertenencia de los funcionarios, respecto de una serie de reformas que deben servir de apoyo a su gestión y a la mayor confianza de los ciudadanos, ya que con injusticia se recurre demasiadas veces a culpar a los funcionarios, por prácticas que involucran a particulares. Las capacitaciones que se están sugiriendo son muy relevantes para hacer un cambio cultural y una mejora de la gestión pública.

Tanto en la gestión financiera, como en las compras y adquisiciones, se sugiere aumentar los niveles de transparencia y, del mismo modo, de los actuales estándares en las licitaciones y tratos directos, así como también, de las deudas y situación financiera de los municipios.

Entre las propuestas para el sistema de compras públicas, que dependen de Chilecompra⁴¹⁷, se sugiere incrementar los estándares y dar mayor formalidad a la estructura y al sistema de licitaciones, así como también de apoyar la estandarización de compras que son recurrentes y semejantes entre servicios, todo lo anterior daría, según se afirma, mayor transparencia y reduciría los espacios de captura del Estado.

3.19 Medidas anunciadas en la agenda de probidad y transparencia⁴¹⁸

El informe presidencial de mayo de 2015, reconoce el avance que implicó la ley 20.285 de acceso a la información pública, lo que generó incentivos virtuosos para fortalecer principios de probidad y contribuyó de esta manera a mejorar el control social de los poderes del Estado y, al mismo tiempo, resultó sirviendo como medida preventiva contra la corrupción, sin embargo, considera que existen aspectos que pueden mejorarse y fortalecer su efectividad:

- *“la Agenda otorga un lugar central a la transparencia y la probidad de los que trabajan en el servicio público, un espacio al que se viene a trabajar por vocación y no para obtener ventajas,*

- *fortaleceremos el Sistema de Alta Dirección Pública, para asegurar que al Estado se acceda por méritos y de manera abierta,*

- *y también he propuesto medidas para hacer más transparentes los negocios, de modo de garantizar los derechos de los consumidores y crear un ambiente de confianza que estimule los emprendimientos que Chile necesita. Y enviaremos el proyecto de ley que fortalece la Superintendencia de Valores y Seguros,*

- *también para asegurar la defensa de los intereses de los ciudadanos frente a posibles denegaciones de derechos por parte del Estado, crearemos el Defensor Ciudadano,*

⁴¹⁷ <http://www.chilecompra.cl/> (acceso 1 de octubre de 2015).

⁴¹⁸ mensaje a la nación de S.E., La Presidenta de la República Michelle Bachelet, Valparaíso, 21 de mayo de 2015 pág. 12.

*- pero las buenas leyes funcionan cuando son apoyadas por el comportamiento de las personas. Por eso hemos firmado los instructivos y los proyectos de ley para asegurar la reposición de la educación cívica y un programa de formación ciudadana en el sistema escolar*⁴¹⁹.

Como afirman muchos expertos, al comentar los anuncios presidenciales, en el tema de probidad y corrupción, se recurre a la transparencia como la política pública salvadora, “[e]l contexto actual está marcado por una mayor demanda ciudadana por transparencia de parte del Estado, lo que obliga a profundizar las herramientas que permiten poner su información a disposición de las personas”⁴²⁰ pero, aunque pueda parecer contradictorio, los integrantes del Consejo para la Transparencia (Vivianne Blanlot Soza, Jorge Jaraquemada Roblero, José Luis Santa María Zañartu y Marcelo Drago Aguirre) aparecen criticando el que no hay coincidencia con el acogimiento de medidas coherente con ello, ya que “[e]xiste una clara contradicción entre el estándar de transparencia implícito en las propuestas del Consejo Asesor y aquel expresado en la actual discusión del proyecto que reforma la Ley de Transparencia. Este último ha quedado superado por los tiempos, más aún si se considera que la eventual aprobación de las indicaciones del Ejecutivo podría llevar a una reducción de las capacidades del Consejo para la Transparencia, único órgano autónomo garante del acceso a la información pública”.

El mismo temor, es compartido por varias entidades de la sociedad civil (Ciudadano Inteligente, Chile Transparente y Fundación Proacceso), las que afirmaban en la prensa que se deben acoger las propuestas en las que hay consenso y de esta manera se “[...] eviten los alarmantes retrocesos que significaría la aprobación de las propuestas de reformas presentadas anteriormente por esta y por la pasada Administración como, por ejemplo, la limitación en la definición de información pública; la restricción del acceso a la información que consta en correos electrónicos; la exigencia de

⁴¹⁹ Discurso presidencial <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/discurso-21-de-mayo/el-discurso-completo-de-la-presidenta-michelle-bachelet-del-21-de-mayo/2015-05-21/111743.html> (acceso 8 de octubre de 2015).

⁴²⁰ Diario El Mercurio 18 de mayo de 2015, Discusión por más transparencia <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/18/31898/Discusion-por-mas-transparencia.aspx> (acceso 22 de mayo de 2015).

*RUT en las solicitudes de información, o la reducción del ámbito de competencia del Consejo para la Transparencia*⁴²¹.

Las medidas anunciadas por la Presidenta, tanto en la Agenda de Probidad y Transparencia, como en su discurso de cuenta anual ante el Congreso, nos parece que no entregan certezas respecto de cuánto está dispuesto a recoger el Ejecutivo, de las recomendaciones en cuanto a incorporar lo que propone la sociedad civil y verdaderamente “[...] *instaurar un sistema integral de transparencia, escuchando a la sociedad civil en el proceso legislativo, reconociendo de modo explícito el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en la Constitución como principios del actuar del Estado, así como el carácter de garantía fundamental del derecho de acceder a la información pública; equiparando los estándares de transparencia del Poder Legislativo, el Poder Judicial y los órganos constitucionalmente autónomos, con aquellos exigidos al Poder Ejecutivo, extendiendo las competencias del Consejo para la Transparencia a todas las instituciones del Estado; consagrar legalmente un portal de transparencia del Estado; exigencias de transparencia activa y pasiva a los partidos políticos; una Ley de Archivos, y una política de datos abiertos*”⁴²².

Existe un temor, desde el mundo de la sociedad civil, en cuanto a que el énfasis de las propuestas que se anunciaron en la agenda del gobierno de Bachelet, parecen mostrar una desconfianza en la tendencia que su propia administración tuviera apenas 6 años antes, cuando promovió con decisión la aprobación e implantación de la ley de transparencia en el país. Ahora, por el contrario, parece advertirse un sesgo a la disminución y restricción del ámbito de aplicación de la ley, aunque, si bien no se trata de algo explícito, la ausencia de varias de las recomendaciones de la sociedad civil en la comisión Engel, se demuestran a través de la ausencia de algunos de los objetivos y medidas expresadas en el informe, por ejemplo, respecto de dar un reconocimiento Constitucional a la transparencia, mediante la modificación del artículo 8.º, pasando de un derecho subjetivo a un derecho constitucional y que amplíe los horizontes de aplicación a entidades públicas, las que hoy están exentas, como asimismo, de incluir

⁴²¹ Diario El Mercurio 20 de mayo de 2015; PABLO COLLADA, MARÍA JOSÉ POBLETE Y ALBERTO PRECHT <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/20/31955/Ley-de-Transparencia.aspx> (acceso 22 de mayo de 2015).

⁴²² <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=146704> (acceso 8 de octubre de 2015).

a los partidos políticos, las entidades sin fines de lucro en las exigencias de mayor información y, cuando así fuere adecuado, también incluir al sector privado.

El temor descrito, parece provenir de la pérdida de fuerza de lo que desde el inicio fue un compromiso político del gobierno y otras fuerzas políticas, incluso de parte de la oposición, fue asimismo un compromiso ciudadano y contó con el empuje de las organizaciones no gubernamentales y, también conformó un compromiso institucional, del propio Consejo para la Transparencia, que a través de su gestión, fue un gran promotor de una interpretación ampliada y expansiva de lo que debía entenderse como lo límites restrictivos del acceso a la información.

Las designaciones de algunos integrantes del Consejo, han sido interpretados por algunos expertos y organizaciones de la sociedad civil, como una clara señal de menor apoyo a una tendencia que, al inicio de la implementación de ley parecía un compromiso mucho más decidido y que, con toda seguridad, ha marcado buena parte del éxito de la implementación de la ley. Habrá que ver, en los siguientes meses y años, si se trata de una tendencia clara de esta aparente percepción de pérdida de fuerza y de una mayor desconfianza hacia la transparencia o solo un énfasis transitorio.

La clave puede estar en las distinciones que nos hace Buyng Chul Han, en cuanto a que más información no conduce a mejores decisiones, y que *“[e]l diluvio de información al que hoy estamos expuestos disminuye, sin duda, la capacidad de reducir las cosas a lo esencial”*⁴²³.

⁴²³ HAN, BYUNG-CHUL. Op. cit. 18, pág. 89.

4. TRANSPARENCIA, ACCOUNTABILITY Y TERCER SECTOR

“El acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático, representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales de participación política, votación, educación y asociación, entre otros, a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información”
(Carta Democrática Interamericana de la OEA)

4.1. Relevancia del Tercer Sector

A pesar del importantísimo rol y la creciente influencia que han alcanzado las Organizaciones No Gubernamentales “ONG” en el mundo, Chile ha prestado hasta ahora escasa atención normativa y una relativamente baja regulación en todos los aspectos relativos a su conformación, su funcionamiento, los mecanismos de control y la rendición de cuentas, dejándolo principalmente a espacios dentro de la propia institución.

En ausencia de una ley especial, las ONG, han debido optar por utilizar la normativa general, destinada a las Fundaciones y Corporaciones, tomando lo que mejor se adapte a sus características y necesidades heterogéneas. Una mirada comparada, señala Nicolás Rodríguez, que ante la diversidad de fines y objetivos, “[...] no es de extrañar que no haya una única forma jurídica a todas las modalidades de ONG, por tanto como no existe una normativa específica en esta materia, la base legal de cada una de ellas la tenemos que encontrar en la forma jurídica que adopte, fundamentalmente asociaciones o fundaciones, pero también cooperativas y corporaciones [...]”⁴²⁴.

⁴²⁴ RODRIGUEZ G., Nicolás; ¿ONG Delinquere Protest?; en Cheyre, Juan Emilio et al, eds Fortalecimiento Institucional, Transparencia y accountability para un buen gobierno Orjihk Editores, 2011 Op. cit. 492 p.104.

La verdadera ausencia de institucionalidad⁴²⁵ legal para las donaciones y la filantropía, sin igualdad ni transparencia, constituiría una absurda discriminación con otras entidades que integran la sociedad civil, a las que se les exige menores requisitos, en la concesión de personalidad jurídica (sindicatos, asociaciones gremiales y comunitarias).

Puede parecer algo sorprendente, que la normativa chilena ha dado un tratamiento muy accesorio a lo que se denomina el mundo del tercer sector, la propia constitución política hasta ahora no se refiere a esta importante actividad de las ONG, no se le reconoce su rol, ni se le ha dado una regulación acorde con su peso específico. La Constitución de Brasil, en cambio, si ha dado un reconocimiento constitucional al sector de las ONG, en Chile, por el contrario, incluso cuesta encontrar alguna norma que se refiera a las ONG y se trata incluso de un concepto que no está expresamente definido, sino que debemos encontrar una definición a nivel reglamentario, en un Decreto Supremo N.º 3.314, en las que se crean las ONG de Desarrollo.

Actualmente, “[...] *no hay una posición gubernamental expresa que dé cuenta de la valía que se les asigna a estas entidades; por una parte, esto se puede observar en el bajo rango de consideración que se tiene a las ONG [...] por el tipo de personalidad jurídica asignada, que no ha resuelto las principales dificultades que enfrentan; y por la falta de un fondo nacional de recursos privilegiado para estas organizaciones*”⁴²⁶.

Las garantías constitucionales que se vinculaban con la actividad de las ONG, en el caso de Chile, eran por la vía de la interpretación de otras garantías, que si bien están relacionadas, no son propiamente un reconocimiento explícito de esta actividad. Nos referimos a la libertad de asociación⁴²⁷, el derecho reunión, sin permiso previo⁴²⁸ y el reconocimiento del artículo 1.º de la Constitución, que entregan un reconocimiento de los cuerpos intermedios y del principio de la subsidiariedad y que le reconocen autonomía para el cumplimiento de sus fines.

⁴²⁵ VIVEROS, Felipe, Estado y Legalidad: El Peso de la Noche en la Sociedad Civil Chilena pág. 26.

⁴²⁶ CANCINO, Bernardita, La asociación de los privados organismos privados de desarrollo publicado en 1996, Ediciones Sur (Santiago) p. 28.

⁴²⁷ Art 19 N.º 15 Constitución Política de Chile.

⁴²⁸ Art 19 N.º 13 Constitución Política de Chile.

Recientemente, la Ley 20.500⁴²⁹ de Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, ha retomado el desafío de simplificar y resolver algunos de los problemas que se describen en este texto y que, dependiendo de su implementación, mediante su reglamento, mejorarán varios aspectos descritos aquí.

Hasta ahora, el concepto de ONG, es muy restrictivo y únicamente considera la distribución de utilidades como un elemento central⁴³⁰.

El Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, ha definido de buena manera a las organizaciones sin fines de lucro, como, un conjunto amplio y variado de entidades que, con distintos propósitos y estilos, comparten algunas características: son organizaciones con personalidad jurídica; de interés público, cuyo fin, no es el lucro; tienen una misión específica (desarrollo de la educación, superación de la pobreza, protección del medio ambiente, apoyo en situación de riesgo social, entre otros); y son independientes del Estado”⁴³¹.

4.2 Crecimiento del Tercer Sector

En Chile las ONG hasta hace pocos años empleaban a un 2,6% (300.000 en jornada completa) de la fuerza laboral, y sus gastos representan el 1,5% del PIB, el mayor de Latinoamérica⁴³², excediendo en dos veces al promedio de los países en desarrollo⁴³³. El crecimiento del fenómeno del tercer sector ha sido muy explosivo, “*en Argentina, por ejemplo, el número de entidades sin fines de lucro aumentó de 50 mil en*

⁴²⁹ Ley 20.500 (febrero de 2011) que entró en vigencia en febrero de 2012 modificando algunos de los aspectos de esta publicación. Se encuentra pendiente el Reglamento de dicha ley que deja abiertas las posibilidades de mejorar algunos aspectos que se tratan en este texto.

⁴³⁰ “*organizaciones de carácter privado, que no distribuyen utilidades entre sus miembros, que poseen autonomía, y que se constituyen voluntariamente en su formación y/o en su operación*”. Antecedentes Legales sobre el sector sin Fines de Lucro en Chile, del Estudio Comparativo del Sector sin Fines de Lucro en Chile Mayo 2007 PNUD, Focus pág. 7.

⁴³¹ Chile Transparente (2008). Gobiernos corporativos en las organizaciones sin fines de lucro en Chile: Situación actual y perspectivas. Santiago.

⁴³² DUVAL VARAS, Tomás Informe Especial Las ONG en Chile; VOL. XVIII No 167, Marzo de 2007, Instituto Libertad pág. 4.

⁴³³ Estudio Comparativo del Sector Sin Fines de Lucro: Chile, Op. cit. 435, pág. 27.

1995 a 100 mil, en 2004; en Brasil se registró un aumento de 157% entre 1996 y 2002, alcanzando la cifra de 276 mil entidades”⁴³⁴.

El Estado en el caso chileno ha sido el principal financista de estas entidades, con 46% de sus ingresos originados en fondos estatales⁴³⁵, ya sea subvenciones o pagos desde el sector público. Estas cifras, sin embargo, son extremadamente inexactas, ya que hay aportes de otros países que han contribuido con fondos de cooperación que terminan triangulando fondos que también tienen un origen público. A pesar de ello, como hemos señalado, no existe una referencia explícita en la Constitución Política y sólo hay reconocimiento indirecto, a través del derecho de asociación⁴³⁶. La ley 20.500⁴³⁷, intenta cambiar esto, reconociendo entidades cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente o cualquiera otra de bien común.

La sensación de una bondad intrínseca del tercer sector, puede hacernos suponer que tal vez no sea necesario tener evaluaciones rigurosas, controles o bien, desarrollar exigencias de una mayor transparencia en su gestión, sin embargo, “[p]ara la ciudadanía, la rendición de cuentas tiene connotaciones básicamente simbólicas, puesto que aparece asociada con valores como la honestidad, la integridad y la rectitud”⁴³⁸.

4.3 Mayores controles para las ONG: No hay acuerdo

El tema del *Accountability* (o rendición e cuentas) para las ONG, en verdad se ha vuelto un tema central⁴³⁹, debido al rol que cumple este sector como un virtual representante de la ciudadanía de una Sociedad Civil Global y “[...] algo más que simplemente un tema de gobiernos corporativos apolíticos, porque las ONG en la década

⁴³⁴ CRUZ, Anabel y POUSADELA Inés M. / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. pág. 46.

⁴³⁵ Estudio Comparativo del Sector Sin Fines de Lucro: Chile, Op. cit. 435 pág. 6.

⁴³⁶ Antecedentes Legales sobre el Sector sin Fines de Lucro en Chile, Estudio comparativo del sector sin fines de lucro en Chile; Op. cit. 435, pág. 16.

⁴³⁷ Art 15 Ley 20.500.

⁴³⁸ CRUZ, Anabel y POUSADELA Inés M. / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 79.

⁴³⁹ ANDERSON, Kenneth, What NGO Accountability Means— and does not Mean, Washington College of Law Research Paper No. 2009-18, <http://ssrn.com/abstract=1373487> pág. 6.

de 1990, tomaron el manto de la representatividad, en esta ecuación de la gobernanza global sobre sí mismo, y porque organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, los abrazó como fuente de legitimidad, a través de su "Representatividad", que pasaban por alto la creciente problemática de legitimidad de las organizaciones internacionales, a través del Estado-Nación”⁴⁴⁰.

Para Michael Edwards, la rendición de cuentas, es el precio a pagar por la libertad de ejercer el poder y la autoridad en una sociedad democrática. El control de una organización, se ejerce a través de sus representados, a los que debe rendirse cuenta y, para ello debe necesariamente existir una participación democrática⁴⁴¹.

4.4 Regulación de las ONG

4.4.1 Constitución Política

La personalidad jurídica es reconocida por la Constitución Política de Chile, en sus artículos 1 inciso 3.º, donde se le da un novedoso reconocimiento y amparo a los grupos intermedios, como entidades no estatales y que tienen un rol en la sociedad. En el artículo N.º 19, se hace referencia a las personas en términos muy amplios, tratamiento que es muy diferente al comparar con la Constitución anterior del año 1925, donde se hace referencia a los “habitantes”.

El Estado, al reconocer el derecho de asociación de las personas, y expresa que para que las asociaciones gocen de personalidad jurídica, solo deben atenerse a la limitaciones que establece la ley⁴⁴², se estaría validando de manera indirecta esta actividad. Se reconocen como deberes del Estado en la Constitución⁴⁴³, el reconocimiento de los grupos intermedios, ampararlos y garantizarles autonomía para cumplir sus fines⁴⁴⁴.

Se trata, de este modo, de un principio rector de la Constitución de 1980, es el principio de subsidiariedad, ello debido a la mirada liberal que primó en sus redactores, con algo de desconfianza del rol del Estado, lo que implicaba entonces, dar tanta

⁴⁴⁰ ANDERSON, Kenneth, Ibíd pág. 7 (traducción propia).

⁴⁴¹ ANDERSON, Kenneth, Ibíd pág. 8 (traducción propia).

⁴⁴² Art XX inciso 5.º Constitución Política.

⁴⁴³ Artículo 1, inciso 3 Constitución Política.

⁴⁴⁴ Silva Bascuñan, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, pág. 48-50.

autonomía a los individuos o los cuerpos intermedios como fuere posible y que la presencia del Estado, aunque fuera esencial y relevante, en todas aquellas áreas en que los privados y los grupos intermedios no puedan o no quieran realizar por su cuenta. Lo anterior no deja de ser complejo en ciertas áreas que se consideran esencialmente roles del Estado o incluso parte de la seguridad nacional, y esta mirada ha sufrido importantes cambios en las últimas décadas, ya que hoy muchas tareas se encuentran en manos de los privados, llegando incluso a la gestión de las cárceles y otras áreas sensibles.

A pesar de esta aparente actitud de desconfianza de la actividad del Estado, las organizaciones sin fines de lucro, “[...] *poseen una irreductible referencia al Estado y resulta de enorme importancia para ellas la garantía de actuar con autonomía y recibir un trato igualitario en su quehacer*”⁴⁴⁵, ello no sólo en cuanto su creación, su financiamiento y el adecuado control de su gestión.

4.4.2 Organizaciones de Derecho Privado sin fines de lucro

Es necesario señalar, que a las corporaciones y las fundaciones, se les reconoce y entrega la calidad de personas jurídicas y, aunque pueda parecer algo excepcional, se encuentran definidas en el Código Civil, como “*personas ficticias, con capacidad para ejercer derechos, contraer obligaciones civiles, y de ser representadas judicial y extrajudicialmente*”⁴⁴⁶.

El Código las clasifica en dos tipos: corporaciones o fundaciones, éstas a su vez, pueden tener naturaleza de derecho privado o derecho público y, dentro de sus fines, pueden optar o no por buscar la obtención del lucro.

Para establecer la diferencia de las corporaciones o fundaciones, el legislador selecciona como el elemento determinante, el cómo se realiza la obtención del fin benéfico perseguido. Para el caso de las corporaciones, se trata de las personas; en cambio, para el caso de las fundaciones, se trata de patrimonio el que se destina al objetivo altruista.

⁴⁴⁵ Antecedentes Legales sobre el sector sin Fines de Lucro en Chile, del Estudio Comparativo del Sector sin Fines de Lucro en Chile Op. cit. 435 pág. 21.

⁴⁴⁶ Artículo 545 Código Civil.

El profesor Luis Claro Solar, define las fundaciones como “*persona jurídica que tiene por objeto realizar un fin lícito de interés general por medio de bienes determinados afectados permanentemente a su consecución*”⁴⁴⁷; sin embargo, otro sector de la doctrina prefiere hacer la distinción en cuanto a que “*en la fundación, el elemento preponderante está constituido por un conjunto de bienes, cualquiera sean ellos, afectados a fines que han sido preestablecidos por su creador o fundador a un fin perdurable con la intención de crear una persona autónoma y permanente*”⁴⁴⁸. Por su parte Vial del Río y Lyon Puelma, señalan que “*las fundaciones son establecimientos y obras creadas por una persona habiéndoseles dotado de un patrimonio a tal objeto destinado, y conformándose en su acción a un estatuto establecido en un acta de constitución*”⁴⁴⁹.

La reglamentación de las fundaciones y corporaciones se encuentra en los siguientes textos legales:

- Título XXXIII del Libro I del Código Civil (artículos 545 a 564) que incluye tanto a las fundaciones y corporaciones. Ley 20500 de 2011 estableció formas simplificadas de constitución, entregándole al Registro Civil la inscripción en un Registro Público.

- Ley Orgánica del Ministerio de Justicia (D.L N.º 3346 de 1980); Reglamento Orgánico del Ministerio de Justicia, Decreto Supremo de Justicia N 1597 de 1981 y Decreto Supremo de Justicia N.º 110 de 1979 Reglamento sobre Concesiones de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones.

- En contra de las resoluciones que se adopten en los procedimientos administrativos tramitados en el Departamento de Personalidad Jurídica del Ministerio de Justicia, pueden ser objeto de los recursos contemplados en la Ley No 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de Órganos de la Administración del Estado.

- Ley N.º 20.500 de 2011, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

⁴⁴⁷ DUCCI CLARO, Carlos; “Derecho Civil, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, 4.º Ed., Santiago, Chile, 1995, pág. 161.

⁴⁴⁸ PESCIO VARGAS, Victorio, “Manual de Derecho Civil. De Las Personas-De los Bines y la Propiedad”, Tomo III, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1978, pág. 110.

⁴⁴⁹ VIAL DEL RÍO, Victor y Lyon Puelma, Alberto “Derecho Civil, Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas” Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, pág. 337.

4.5 Supervigilancia estatal

Fundación: Existe un mayor control y supervisión del Estado respecto de las fundaciones, ello debido a la voluntad del fundador que dispone de un fondo, la que debe protegerse y en que los administradores no están necesariamente vinculados a esta voluntad. La supervigilancia de entidades que tienen un objeto el interés público o general, según sea la actividad que asuman, serán objeto de otras regulaciones estatales específicas, educacional, de salud, de protección de grupos con carencia o bien de necesidades especiales.

Corporación: Serán los mismos miembros los encargados de garantizar el cumplimiento de las finalidades establecidas por ellos y en los estatutos, donde se establecen órganos de supervisión, vigilancia y disciplina interna.

El esquema de seguimiento de las corporaciones, demostró en la realidad, una carencia total de capacidad y efectividad, con los masivos abusos que se detectaron en el sistema educacional chileno, las universidades privadas que se autorizaron a partir de la Ley General de Universidades de 1981⁴⁵⁰, dictado durante el Gobierno Militar y que permitieron la creación de diversas entidades de formación superior de iniciativa privada y que ampliaron la cobertura de la educación superior, sin embargo, luego de un crecimiento descontrolado y con bajos estándares de certificación de su calidad, aparecieron en diversos casos, grotescos negocios en los que se sacaban los dineros resultantes de su actividad educacional, a través de sociedades inmobiliarias. Hubo incluso casos muy lamentables, en los que las universidades impartían carreras que no servían para nada, como el caso de técnico en criminalística, o con niveles muy bajos de calidad en sus cursos. Algunas de estas universidades, terminaron cerrando por crisis financieras (Universidad de Mar, Arcis, entre otras) y otras terminaron siendo intervenidas por el Estado.

Lo que puede sorprender, es que estos escándalos que llamaron la atención de la prensa y del periodismo (como el libro *El Negocio de las Universidades en Chile* Olivia Monckeberg), solo fueron analizados desde la perspectiva educativa, que desde luego era muy relevante, y dado ello y para su rectificación, se enviaron sendos

⁴⁵⁰ Decreto N.º 2 de 3 de enero de 1981.

proyectos de ley para cambiar los controles y mejorar los procesos de acreditación, sin embargo, desde la perspectiva del esquema legal de las corporaciones sin fines de lucro, no se le prestó mayor atención normativa. Nos parece sin embargo, que ante la carencia de una legislación adecuada, que sí existía en varios de los citados casos, evidentes violaciones de la normativa y las corporaciones existente entonces y que desde luego, debieron haberse cerrado oportunamente por el grave incumplimiento de sus fines y la violación de sus estatutos, a través del empleo de contratos simulados.

Es deber del Estado ejercer las facultades de fiscalización sobre corporaciones y fundaciones, incluso en relación con entidades que no tiene entre sus objetivos el interés general, la gran cantidad y la baja capacidad para enfrentar un volumen de entidades de esta naturaleza, hicieron del sistema existente un gran fracaso, ya que incluso ante casos demostrados de violaciones de sus fines, la entidad reguladora carecía de facultades. Puede mencionarse como ejemplo el grave caso de la Caja de Ahorros de Empleados Públicos con grotescos excesos que fueron de conocimiento público en la prensa, y que sin embargo, no pudieron ser sancionados adecuadamente. La conclusión, no puede ser otra que el actual sistema no ha resuelto muchos de estos desafíos, por desinterés, por carencia de mecanismos de fiscalización adecuados y, en resumen, por el hecho que el legislador prestó muy poca atención a un tema de creciente significación y que se desempeña en tareas muy relevantes para la sociedad.

Sin considerar el cambio de la ley 20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana, que lamentablemente, tampoco ha resuelto muchos los problemas existentes, la legislación chilena estaba muy atrasada y necesitaba ajustarse a las necesidades de nuestro tiempo.

Todo lo expuesto, posiblemente se debe a una mirada desinteresada del rol de la sociedad civil, como algo meramente de caridad y secundario. Existe una cierta contradicción, por una parte el Código Civil del año 1855 entrega un rol preponderante al Estado en la supervigilancia y una extrema labor burocrática, que al mismo tiempo se hace imposible de cumplir con los inmensos volúmenes y la falta de capacidad real que tiene la entidad y personal que ejerce esta supervigilancia. La filantropía en Chile tiene muy bajos niveles, de un 0,12% del PIB en comparación con un 2% del PIB en el caso de los EE.UU.⁴⁵¹.

⁴⁵¹ ANINAT, Magdalena; Primer Estudio CEFIS UAI de Filantropía en Chile, Visión Práctica de los aportes sociales de los grupos empresariales Universidad Adolfo Ibañez Escuela de Gobierno,

Otro ejemplo de lo expuesto, la prohibición de remunerar a los directorios, es una clara señal de entender la participación en estas instituciones, como una tarea de personas que se ganan la vida en profesiones liberales y esta actividad es un tiempo libre que se puede dedicar filantrópicamente, ello es una clara limitante para que personas que no cuenten con recursos propios puedan dedicar un tiempo importante y, que además, las organizaciones sin fines de lucro puedan contar con apoyo el logro de sus fines con mayor participación. Las malas leyes siempre terminan generando resquicios, que implicaron la creación de otras sociedades paralelas que prestaban servicios a las entidades y, de esta manera, se podían pagar los servicios profesionales que tenían un verdadero valor para la entidad.

Es curioso que la manera en que el gobierno central quiere levantar el velo de control del Ministerio de Justicia, lo que hace en verdad, es delegar en entidades municipales y en el Registro Civil. No se trata entonces de liberar del control, sino liberar la carga de trabajo a un departamento para pasarlo a otro.

Nadie discute respecto de la pertinencia de hacer una regulación sobre el tercer sector, pero si hay dudas en cuanto a si *“el gobierno tiene la capacidad, o incluso si es realmente bueno o deseable que la practica diaria de las ONGs sea controlada por una oficina gubernamental”*⁴⁵². Hasta ahora han fracasado los controles sobre la administración, registro o financiamiento del gobierno sobre las ONGs.

Se hace necesaria, entonces, una reforma global referida a estrategias de desarrollo, políticas públicas alternativas de gastos y distribución de ingreso, que lleven a posibilidades más institucionalizadas de crear focos de cooperación más estables.

Hasta el año 1943 las corporaciones y fundaciones estuvieron privadas de administrar y enajenar bienes, lo que la doctrina denominó una acción “de manos muertas”.

4.5.1 Estatutos tipo para ONGs de Desarrollo⁴⁵³

2015 p.22
<http://www.uai.cl/images/noticias/2015/06/Primer%20Estudio%20de%20Filantropia%20en%20Chile.pdf> (acceso 1 de octubre de 2015).

⁴⁵² CRUZ, Anabel, POUSADELA Inés M. / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg, Op. cit. 439 pág. 22.

⁴⁵³ http://www.minjusticia.cl/minjus/pers_juri (acceso 10 abril de 2011).

El Decreto Supremo N.º 292 de 1993, del Ministerio de Justicia, estableció un estatuto tipo al cual pueden acogerse las corporaciones de derecho privado que deseen asumir el carácter de “Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo” (ONG). Se trata de corporaciones de derecho privado, formadas por personas naturales, y cuyo fin es *“la promoción del desarrollo, especialmente de las personas, familias, grupos y comunidades que viven en condiciones de pobreza y/o marginalidad. Podrán realizar sus actividades en los siguientes ámbitos de acción: educación, cultura, capacitación, trabajo, salud, vivienda, medio ambiente, desarrollo comunitario, microempresa, pequeña producción, consumo popular, derechos humanos, comunidades indígenas y deportivo-recreativo, en lo urbano y lo rural”*⁴⁵⁴.

4.5.2. Comisión Revisora de Cuentas

El Estatuto Modelo tiene un mecanismo de control mediante una Comisión Revisora de Cuentas, cuyas funciones son:

- revisar trimestralmente libros de contabilidad y comprobantes de ingresos y egreso e inspeccionar las cuentas bancarias y de ahorro;
- velar por el pago de sus cuotas y representar cuando existan atrasos;
- informar en Asamblea Ordinaria o Extraordinaria sobre la marcha de la Tesorería y el estado de las finanzas y dar cuenta de cualquier irregularidad;
- informar a la Asamblea sobre las finanzas de la Institución, la forma que se ha llevado la Tesorería durante el año y el balance del ejercicio anual recomendando su aprobación o rechazo; y
- comprobar la exactitud del inventario.

Se trata de un mecanismo de autofiscalización insuficiente, ya que se incluyen expresiones muy ambiguas como: *“cuando la situación lo amerite”*; se restringe de esta manera, a un control de la situación financiera y su incumplimiento, carece de sanciones.

4.5.3 Qué se informa a la Administración

⁴⁵⁴ <http://www.minjusticia.cl/minjus/estatutos-tipo> Artículo 4.º (acceso 10 abril de 2011).

Hasta ahora se ha revelado en los hechos, que el control y supervisión del Estado se impone sobre las fundaciones con mayor fuerza que sobre las corporaciones⁴⁵⁵.

El Departamento de Persona Jurídica del Ministerio de Justicia podrá, en cumplimiento de sus facultades de supervigilancia⁴⁵⁶, requerir que las corporaciones y fundaciones para que presenten a su consideración los siguientes antecedentes:

- actas de asambleas.
- cuentas y memorias aprobadas.
- libros de contabilidad.
- libros de Inventarios y remuneraciones.
- toda clase de informes que se refieran a sus actividades.

El Ministerio, podrá exigir la entrega inmediata y remitir los antecedentes al Ministerio Público, cuando se esté en presencia de hechos constitutivos de delitos.

4.5.4 Registro de personas jurídicas⁴⁵⁷

Hasta la creación de un Registro Nacional de Personas Jurídicas sin fines de lucro, se llevaba un registro de personas jurídicas con los estatutos de las fundaciones y corporaciones aprobados, y deberá contener:

- fecha de las escrituras públicas y la notaría,
- los fines que se propone de conformidad con los estatutos, y
- nómina del directorio vigente.

No existía un catastro definitivo de las ONG registradas en Chile, y la nueva normativa dispone un Registro Nacional de Personas Jurídicas sin fines de lucro, dependiente del Registro Civil⁴⁵⁸. Lo que había hasta la dictación de la ley 20.500 era un registro no actualizado de fundaciones y corporaciones, que se mantenía bajo la denominación genérica de Registro de Personas Jurídicas.

⁴⁵⁵ Antecedentes Legales sobre el sector sin Fines de Lucro en Chile, del Estudio Comparativo del Sector sin Fines de Lucro en Chile. Op. cit. 435, p 28.

⁴⁵⁶ Artículo 36.º Decreto Supremo 110 de 1979.

⁴⁵⁷ Artículo 37.º Decreto Supremo 110 de 1979.

⁴⁵⁸ Ley 20.500 art 8.

En los hechos, el sistema impedía saber si las entidades registradas se mantenían vigentes, situación que solo por excepción respecto de aquellas que enviaban anualmente sus balances y juntas, con el objeto de poder postular a concursos de fondos públicos, ya que era un prerequisite. Desde luego que, además del mero hecho de mantenerse vigentes, la autoridad pública carecía de toda información, antecedentes e incluso capacidades, por lo que implicaba una falta absoluta de seguimiento.

Anualmente se envía balance, memoria y acta de asamblea de socios al departamento de Persona Jurídica del Ministerio de Justicia y su cumplimiento habilita para el certificado de vigencia, no existe revisión de su contenido.

Tampoco existe obligación de presentar al Ministerio de Justicia todas las actas de las sesiones de los órganos, las que den cuenta de una elección de un nuevo directorio no registrado⁴⁵⁹.

La Ley 20.500⁴⁶⁰, mantuvo esta defectuosa supervigilancia y establece que corresponde al Ministerio de Justicia la fiscalización de las asociaciones y fundaciones, pudiendo requerir las actas de asambleas y sesiones, cuentas y memorias, libros de contabilidad, inventarios, remuneraciones y otros antecedentes.

4.6 Sanciones del Ministerio de Justicia

La supervigilancia tanto de fundaciones como corporaciones no estaba definida, exclusivamente, por la vía de la interpretación, se considera que se trata de las memorias y balances y éstas se remiten al Departamento de este Ministerio. Dada su escasa estructura de personal, no tiene capacidad para revisar ex ante, sino que únicamente en los casos que existan denuncias. Asimismo, ante una solicitud de certificado de vigencia de la entidad, se revisan los antecedentes. En los hechos, sólo se supervigila si hay una petición, ya que carecen de capacidad física, para hacer una fiscalización a la totalidad o, incluso de tipo aleatoria.

⁴⁵⁹ “Fundación para la Administración y Desarrollo Tecnológico del Valle Lo Aguirre”. Oficio del Departamento de Personalidad Jurídica del Ministerio de Justicia, Considerando 3.

⁴⁶⁰ Ley 20.500 art 9.

En caso de no subsanarse las infracciones, el propio órgano interno de la entidad es quien aplique medidas disciplinarias o correctivas sobre los socios, de conformidad con los estatutos⁴⁶¹:

- expulsión,
- suspensión o remoción de Directores o su Presidente,
- incumplimiento es considerado como causal para la cancelación de la personalidad jurídica.

4.6.1 Cancelación personalidad jurídica

En casos extremos, antes de la nueva Ley, se podía decretar la cancelación de la personalidad jurídica, declarando que el incumplimiento de las instrucciones impartidas por el Ministerio de Justicia⁴⁶², existen muy escasos ejemplos como la Federación Deportiva de Ajedrez de Chile, mediante Decreto N.º 703 de junio de 2006, del Ministerio de Justicia.

4.7. Rol de fiscalización del Estado sobre entidades constituidas bajo la Forma Jurídica de Derecho Privado

Cuando el Estado realiza su cometido, utilizando la personalidad jurídica del Fisco o de otra entidad de derecho público, quien actúa es el mismo Estado, atendido lo cual la expresión "sus organismos", debe entenderse referida a otros entes, distintos del Estado en cualquiera de sus expresiones jurídicas, careciendo de fundamento interpretarla en el sentido que ella sólo incluiría a los que integran su organización, pues éstos ya están comprendidos en el concepto de Estado⁴⁶³.

Casos como el de las corporaciones de desarrollo de las municipalidades, que son organismos integrados por una persona jurídica de derecho público y, por ende, están

⁴⁶¹ Artículo 36.º Decreto Supremo 110 de 1979.

⁴⁶² Artículo 36.º inciso final Decreto Supremo 110 de 1979.

⁴⁶³ Dictámenes N.ºs. 22.683, de 1996 y 39.846 de 1997 Contraloría General de la República.

dentro del género de sujetos que contempla el precepto constitucional artículo 19, N.º 21, y, también el artículo 6º de la ley N.º 18.575⁴⁶⁴.

Se ha reiterado por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, en el sentido que, no obstante la configuración bajo el Derecho Privado, se les aplica a entidades como las corporaciones municipales: *“Corporación de Desarrollo de Arica y Parinacota, le es aplicable el inciso segundo del artículo 19, N.º 21, de la Carta Fundamental, ya que no obstante haberse constituido bajo una forma jurídica de derecho privado, es un organismo integrado por una persona jurídica de derecho público y por ende está dentro del género de sujetos que contempla dicho precepto constitucional y el mencionado artículo 6.º de la Ley N.º 18.575”*⁴⁶⁵.

4.7.1 Caja de Ahorros de Empleados Públicos

Se entiende que esta entidad que fue creada con fondos públicos a mediados del siglo XIX, está cumpliendo una función de interés público y se encuentra sujeta en su actuar a procedimientos fijados por la ley “[...] *sin que ella pueda desentenderse de las consecuencias inherentes a su origen y al objeto de su creación* [...]”⁴⁶⁶.

El dictamen continúa, afirmando que en la creación de la entidad “[...] *no se produce por una expresión de voluntad de particulares, sino que ha sido contemplada por la ley [...] y nace con un aporte del Fisco para cumplir una función que el Estado asumió como relevante* [...]”, debe, por lo tanto, quedar sujeta en sus actuaciones como en sus procedimientos fijados por una ley especial con lo que asimismo es coherente con lo dispuesto por la Constitución Política art. 98, que establece las facultades del órgano contralor. Siendo relevante el interés público que importa de su gestión.

⁴⁶⁴ Art. 6. El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas.

Ley 18.575 Art. 6.º D.O. 05.12.1986.

⁴⁶⁵ Dictamen N.º 56.150 Fecha: 27-XI-2008, Corporación Desarrollo Arica y Parinacota constitución sociedades.

⁴⁶⁶ Dictamen N.º 044802N08 de fecha 25 de septiembre de 2008 de la Contraloría General de la República de Chile “Administrador General Caja de Ahorros de Empleados Públicos”.

Sin perjuicio de varios escándalos que figuraron en la prensa en cuanto a pagos absurdamente altos para sus ejecutivos (2 millones de dólares anuales para su presidente, e indemnizaciones millonarias para el retiro de sus integrantes), no se llegó a aplicar ninguna sanción, ya que los administradores tenían el buen cuidado de dar cumplimiento a todas las formalidades lo que, sin embargo, no les impidió burlar el mandato y retirar enormes sumas de dinero, a través de sobrepagos completamente fuera del mercado.

El Consejo de Defensa del Estado, a pesar de haber incoado un proceso y promover la cancelación de la personalidad jurídica en 2010⁴⁶⁷, ello no fue posible.

4.8 Consejo para la Transparencia y entidades de derecho privado

4.8.1 ¿Quiénes están sujetos al cumplimiento de la Ley N.º 20.285?

Frente al fenómeno de la huida del derecho administrativo, en que el Estado asume esquemas que le permitan enfocarse en determinadas tareas, “escapando” de los mecanismos de control administrativo. El Consejo ha concluido que “[...] *entre las entidades obligadas a cumplir con los deberes de transparencia activa se encuentran las corporaciones y fundaciones de derecho privado que presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, en la medida que más del cincuenta por ciento de su órgano directivo sea designado por autoridades o funcionarios públicos o esté integrado por éstos. En esta última situación, se entenderán comprendidas, entre otras, las Corporaciones Municipales de Salud y Educación*”⁴⁶⁸.

Siendo el elemento determinante, para definir respecto de la corporación, si el Estado tiene la participación y/o posición dominante de la administración pública, ya sea que se trate de una entidad de derecho privado, con ello, se entiende que estamos en presencia de una relación de instrumentalidad, que está determinada por tres elementos básicos:

- “1) La concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación;*
- 2) La integración de sus órganos de decisión, administración y control por*

⁴⁶⁷ Diario La Nación <http://www.lanacion.cl/noticias/pais/plantean-poner-fin-a-caja-de-ahorros-de-empleados-publicos/2010-06-13/204949.html> (acceso 18 de junio de 2015).

⁴⁶⁸ Decisión Amparo N.º A211-09 y Decisión Amparo N.º R23-09 del Consejo para la Transparencia.

autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos; y

3) La naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas”⁴⁶⁹.

La argumentación afirma correctamente que “[...] *el control social derivado de los instrumentos que establece la Ley de Transparencia no interviene ni invade el actuar del órgano, sino facilita el juicio público posterior mediante la obtención de información que posibilite una efectiva rendición de cuentas*”.

Se trata de un punto que, Rajevic califica como polémico, respecto de las corporaciones y fundaciones de derecho privado, que aun teniendo una configuración de derecho privado, realizan actividades de interés público, como las corporaciones municipales que están dedicadas a temáticas como salud y educación, “[...] *el Consejo sostiene que deben considerarse órganos creados para el cumplimiento de la función administrativa, bajo su competencia, conforme al art. 2.º de la Ley de Transparencia, en tanto hayan sido creadas por decisiones de órganos públicos, presten servicios públicos o realicen actividades de interés público, y por último, más del 50% de sus órganos directivos sean designados por autoridades o funcionarios públicos*”⁴⁷⁰.

4.8.2 Amparos ante el Consejo para la Transparencia

a) Decisión Amparo N.º A211-09 Corporación Municipal de Peñalolén para el Desarrollo Social. En relación con la participación o posición dominante de la administración pública sobre una entidad de derecho privado, esta se da por tres elementos básicos y copulativos⁴⁷¹:

- la concurrencia mayoritaria o exclusiva de órganos públicos en su creación (decisión pública de creación);

- la integración de sus órganos de decisión, administración y control por autoridades o funcionarios públicos o personas nombradas por éstos (integración o conformación públicas de los órganos de decisión, administración y control); y

⁴⁶⁹ Oficio N 731, del 20 de octubre de 2009 del Consejo para la Transparencia.

⁴⁷⁰ RAJEVIC, Enrique; El Consejo para la Transparencia y sus decisiones: un panorama sinóptico a 2012. /en/ Revista de Derecho Universidad Finis Terrae, Segunda Época año I, N.º 1/2013, pág. 285.

⁴⁷¹ Considerando 7.º.

- la naturaleza de las funciones que desempeñan, que se alinea con el cumplimiento de funciones administrativas (función pública administrativa).

Es muy clara la forma de determinar si existe una vinculación de la administración, ya sea en la fundación, en la administración y en la naturaleza de sus funciones, de modo que a falta de una normativa particular, debe entenderse que las obligaciones que sean exigibles para los órganos de la administración, incluida en éstas las obligaciones de acceso a la información pública, le son del todo aplicables a estas entidades, no siendo relevante en cuanto a la excusa, el que hayan asumido una estructura de naturaleza aparentemente privada.

b) Amparo N.º R23-09; en cuanto a existir información financiera detallada y completa de Corporación Municipal para el Desarrollo Social de Viña del Mar. En este caso, se estimó que “[...] *el concepto genérico de función pública es independiente del sometimiento a un régimen jurídico público o privado de conformación y funcionamiento del órgano respectivo*”⁴⁷². “*El sector público incluye órganos que responden a criterios de organización tradicional y a entes de derecho privado unidos a aquellos, mediante una relación de instrumentalidad y constituyen una manifestación de la técnica organizativa de carácter público. El proceso privatizador de la administración, puede implicar una merma de las garantías de los propios administrados pues ello puede ser causa de mayores ineficiencia*”⁴⁷³.

No puede aceptarse que un organismo de la administración cree y participe en entidades que persiguen intereses privados, por ser contrario a los principios de probidad⁴⁷⁴.

La posición del Consejo es coincidente con la expresada por la Contraloría General de la República y creemos que asume una perspectiva correcta del deber de someter su acción a la constitución y las leyes.

Pensamos que como existen aportes directos del Estado, e indirectos a través de las rebajas tributarias, o incluso a través de aportes de los gobiernos extranjeros, por medio de las agencias de cooperación, los niveles de registro, publicidad y transparencia deberían reconsiderarse.

⁴⁷² Considerando 6 letra f.

⁴⁷³ Considerando 6 letra g.

⁴⁷⁴ Considerando 6 letra i art 8 de la Constitución Política.

Objeción de una corporación de derecho privado filial de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) para publicitar las remuneraciones: Se plantea que por el hecho de someter a normas de derecho privado a organismos de la administración para una gestión más eficiente y en coincidencia con la denominada huida del derecho administrativo, empleando el concepto de Felner, pero que mantiene en sus objetivos funciones administrativas y dentro de sus fines los que son propios de la administración.

Se trata, entonces, de asumir un carácter instrumental, para una mayor eficacia o flexibilidad, sin embargo, “[...] *es un requisito básico que la creación y existencia de tales entes responda a necesidades efectivas derivadas de las exigencias propias de las funciones encomendadas a los organismos que concurren a su creación y que sean elementos coadyuvantes de la consecución del bien común*”⁴⁷⁵.

No puede por ello, pensarse que se trataría de un mero interés de eludir la aplicación del derecho público, ni puede pretenderse una exención completa del derecho público, ni puede alterar todo el régimen privado, sino que determinar en qué casos una entidad con una conformación de derecho privado puede ser considerada y tratada como una entidad pública.

La transparencia como mecanismo de control social de la actividad administrativa, “[.] *su exigencia y los mecanismos que la hacen posible, mal pueden afectar la autonomía; antes bien, constituyen una garantía de accountability o rendición de cuentas a favor de la ciudadanía, respetuosa del autogobierno de la institución. Esto último, pues sólo actúan ex post, básicamente a petición de los propios ciudadanos y mediante el juicio de la opinión pública*”.

No interviene ni invade el actuar del órgano, por el contrario, facilita el juicio público posterior y permite finalmente una redición de cuentas efectiva⁴⁷⁶.

El Consejo para la Transparencia plantea que, una interpretación inversa haría suponer que la administración podría evadir la aplicación de normas, de mecanismos de control o de principio básicos de derecho administrativo, al asumir esquemas del derecho privado. Todo ello, además es coincidente con la jurisprudencia (Corte de

⁴⁷⁵ Considerando 3 del Oficio N.º 731 de 20 de octubre de 2009.

⁴⁷⁶ Decisión Reclamo N.º R4-09.

Apelaciones de Santiago respecto de la Corporación Nacional Forestal en el caso “Claude con CONAF”⁴⁷⁷.

Concluye el Consejo que, la referida corporación “[...] *es un órgano creado para el cumplimiento de la función administrativa que, a pesar de su conformación privada, integra el sector público, este Consejo entiende que por aplicación del artículo 2º, inciso 1º, de la Ley de Transparencia, le son plenamente aplicables el artículo 7, letra d) de la misma Ley y el artículo 51, letra d), de su Reglamento, aprobado por Supremo N.º13, de 2009, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia*”.

c) Decisión amparo rol A309-09.

Francisca Skoknic requirió información a la Subsecretaría de Justicia, respecto de la Fundación Futuro, solicitando las actas de directorio, balances y memorias, las que estarían en poder del Departamento de Persona Jurídica, a objeto del cumplimiento del rol de supervigilancia, que se ejerce por mandato legal para el registro y revisión de los antecedentes, requisito que además, es invalidante en el caso de incumplimiento por parte de la entidad sin fin de lucro, en el caso de requerirse apoyo de fondos públicos. La fundación, sin embargo, se opuso a la entrega ya que estimó que se trataba de información privada, y que podría hacerse mal uso de ella y afectar los fines de la fundación y que, además no es una entidad que reciba financiamiento de fondos públicos, que sería uno de los elementos que podrían considerar esta información como pública.

En todo caso, afirmó la entidad requerida, que la información estaría cubierta por el derecho de reserva o secreto del artículo 21 de la ley. Para la fundación los “[...] *documentos no sirven de sustento, ni fundamento a actos administrativos en los términos señalados en el art. 3º de la Ley N.º 19.880, que establece el concepto de acto administrativo. Las memorias y balances tampoco han sido elaboradas con presupuesto público, por lo que no correspondería acceder a la solicitud de información requerida*”⁴⁷⁸.

El requirente, consideró en su respuesta que debe ser tratada la información como pública, toda vez que la información es requerida por mandato legal y se deposita en una entidad pública y únicamente se puede decretar reserva de la información de

⁴⁷⁷ Rol N.º 5.226-2001, de 11 de diciembre de 2001.

⁴⁷⁸ Descargos N.º 6 letra e) Amparo 309-09.

conformidad con las causales legales o la oposición fundada de un tercero, información que tampoco consta que se haya enviado al Archivo Nacional.

El Consejo, acogió el amparo, por mayoría de 3 contra 1, desechando los argumentos de la fundación y ordenó entregar los antecedentes. El voto disidente, difiere de la apreciación que los antecedentes que tienen origen y financiamiento privado se transformen en públicos por el mero hecho de entregarlos a una autoridad pública y “[...] *debe relacionarse directamente con el ejercicio actual de funciones públicas y no simplemente con el ejercicio hipotético, como ocurre en este caso dado que la información entregada no ha dado pie al ejercicio de ninguna fiscalización concreta por parte de la Subsecretaría requerida*”⁴⁷⁹.

Estimamos que es acertada esta interpretación, ya que no se aprecian causales o motivaciones suficientes para denegar esta información, que tampoco parece tener carácter de sensible y que pudiera constituir un impedimento o afectar el desempeño de sus funciones.

4.8.3 La transparencia del Tercer Sector

La transparencia, para autores como Fuenmayor⁴⁸⁰, debe ser transversal y creciente y debe incluir al sector sin fines de lucro, sin afectar aspectos sensibles de la productividad de esas entidades. El derecho a la libertad de expresión es considerado por la comunidad internacional un derecho primario y base fundamental de todos los derechos humanos. No podría, por tanto, restringirse, limitarse o reservarse exclusivamente para una esfera pública o en interacción con el Estado y mejores prácticas legitimaría a las ONG en su “utilidad social”⁴⁸¹.

La transparencia⁴⁸² es uno de los factores más efectivos en el proceso de buena gobernanza y, por su parte, la información es uno de los elementos determinantes para la efectividad de la transparencia y ésta la base para allanar el camino para luchar contra la corrupción, la violencia y el terrorismo. Si los beneficios de la transparencia existen para el control y responsabilidad de la ciudadanía, no se puede entender que no sea

⁴⁷⁹ Voto disidente N.º 2 Amparo 309-09.

⁴⁸⁰ FUENMAYOR ESPINA, Alejandro; Op. cit. 428 pág. 11.

⁴⁸¹ THOMPSON, Andrés A. Fundación W.K. Kellogg.

⁴⁸² “Transparency in State – Citizens Relations”; Centre for European Constitutional Law. Athens, Khartoum September 2008. pág. 17.

extensiva a entidades que, por definición, conforman parte de las actividades de la sociedad civil, que se organiza para cumplir fines complementarios del Estado y con beneficios tributarios.

La decisión en comento, fue cuestionada por medio de apelación ante la Corte de Apelaciones de Santiago⁴⁸³, la que estimó la necesidad de considerar la afirmación, que toda información en poder de los órganos del Estado debe ser considerada como pública y *“matizarse en función de la naturaleza, origen y destino de la información que está en poder del Estado, pues parece evidente que no toda merece el mismo tratamiento, en el marco del sentido propio de esa normativa.”*⁴⁸⁴ Estimando la Corte que, tratándose de las memorias y balances, se considera información necesaria para el ejercicio de la función pública y rechaza el hecho de considerar que toda información en poder del Estado, es pública y que no puede hacerse distingos en función del ejercicio de la función de la entidad pública. No es posible aceptar, afirma la Corte, que “[...] *toda información proveniente de particulares, que está en poder del Estado, sea obligadamente pública, a menos que se configure alguna de las excepciones expresamente consignadas en la ley; pues, ateniéndose a un enfoque lógico del problema, es preciso condicionar el carácter público de tal información a la circunstancia de que ella esté en relación clara con el ejercicio de las facultades del órgano administrativo, sea porque así fluye de la naturaleza de éstas o porque se ha expresado en actos administrativos directos*”⁴⁸⁵.

De este modo, no le da la Corte el mismo tratamiento público a la memoria y balances, que se da a las actas de los directorios, las que no tendrían la misma naturaleza pública, salvo que se tratara de directorios para hacer modificaciones de los estatutos.

La Corte en su parte resolutive, acogió parcialmente el recurso y aceptó la entrega de parte de la información, que según su criterio, cumpliría con la naturaleza de ser pública. El fallo de la Corte, también contó con un voto disidente que apoyaba la entrega de toda la información⁴⁸⁶, la que consideraba que el derecho al acceso, es una garantía constitucional, y que ha sido así reconocido en distintas convenciones internacionales (Convención Americana, Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y *“se ha configurado*

⁴⁸³ N.º Reclamación 950-2010 Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁸⁴ Considerando 8, N.º Reclamación 950-2010 Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁸⁵ Considerando 10, N.º Reclamación 950-2010 Corte de Apelaciones de Santiago.

⁴⁸⁶ Abogado Integrante señora Regina Clark Medina.

una "posición preferente", respecto de otros derechos fundamentales, ratificándose que la libertad de información no es sólo un valor en sí mismo, sino que es esencial para el ejercicio de otros derechos".

Tomás Vial y Carlos Castro, al comentar este fallo, estiman que se trata de un *"interesante precedente de que la información de entidades privadas en manos de la Administración, pasa a ser pública en la medida que eso es necesario para poder controlar la acción de esa misma autoridad"*⁴⁸⁷, pero al mismo tiempo, cuestionan que parte del alcance de esta sentencia, implicaría a la vez una restricción ya que *"presenta limitaciones al no considerar el poderoso interés público que existía en conocer la información no divulgada y que estaba en manos del Ministerio de Justicia"*. Ello, debido a que la fundación requerida, estaba vinculada al candidato a la Presidencia de la República Sebastián Piñera.

4.8.4 ¿Por qué la transparencia es realmente importante?⁴⁸⁸

Si bien, hay declaraciones internacionales que han dado un reconocimiento significativo de este derecho como la carta de Santo Domingo, que señaló que *"[e]l libre acceso de las personas a las fuentes de información pública, es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información, a la libertad de expresión y de prensa"*⁴⁸⁹, esto no ha sido reconocido con idéntica magnitud en las normativas internas, ni respecto de todas las materias. La declaración en comento, ha indicado que son ejes de este derecho los siguientes fenómenos:

- los cambios en la naturaleza de la administración. Esta tendencia, se ve afectada por la competencia, la globalización y la aparición de nuevos conceptos como la responsabilidad, la cooperación, las ONG y la calidad entre otras,

⁴⁸⁷ VIAL, Tomas y CASTRO, Carlos; Investigación comparada de las normas de acceso sobre las ONG en la legislación de transparencia en países de América Latina; Cheyre y otros Eds. Fortalecimiento Institucional Transparencia y Accountability para un Buen Gobierno, Orjikh Editores 2011, pág. 152.

⁴⁸⁸ ABU ZAID AHMED, Mohamed: The Grievance and Correction Journal, vol. 1, 1999-2006, New Star for Publishing, Khartoum, 2006, page 39. Citado por "Transparency in State – Citizens Relations"; Op. cit. 487. pág. 20 (traducción propia).

⁴⁸⁹ Carta de Santo Domingo del 31 de julio del 2002 (UNESCO).

- la revolución en la tecnología, el conocimiento y las comunicaciones, designados como “Las Tres Revoluciones”, y
- el aumento en las expectativas y aspiraciones de los ciudadanos, en relación con la calidad de los servicios.

4.8.5 Obligaciones de Transparencia para las ONG

Un estudio de Transparencia Internacional⁴⁹⁰, concluye que debe trabajarse para reducir el tabú en discutir respecto de la corrupción en la asistencia humanitaria y promover mayores niveles de comunicar abusos y todo tipo de flujos de información de fondos, evaluaciones, elementos de los programas, criterios de selección y lista de los beneficiarios.

La transparencia y Responsabilidad Social Empresarial, “[...] ofrece el vínculo entre la sustentabilidad y la competitividad, y que el desarrollo puede promoverse con transparencia, buen gobierno, la preocupación por el medio ambiente y las buenas relaciones con todas las partes interesadas”⁴⁹¹.

La transparencia es un proceso difícil, que genera desconfianzas al inicio, que implica invertir y realizar cambios culturales en las instituciones, pero a la vez, se trata de un proceso de mejora continua y “permitiría a las organizaciones reconocer logros y fracasos, y, de esta manera, mejorar su gestión institucional, puesto que las obliga a capacitarse y a profesionalizarse, lo que en el mediano plazo permitiría que se vuelvan más exitosas y eficientes en sus objetivos”⁴⁹².

Tanto la transparencia pública, como el reconocimiento del derecho de acceso a la información, han experimentado un crecimiento explosivo en la última década. Este desarrollo se explica, sin duda, por el mejoramiento de las herramientas de las

⁴⁹⁰ MAXWELL, Daniel; WALKER, Peter and Cheyanne Church; Paul Harvey, Kevin Savage and Sarah Bailey, Roslyn Hees and Marie-Luise Ahlendorf; Preventing Corruption in Humanitarian Assistance Final Research Report; Published by Transparency International, July 2008. pág. 3 (traducción propia).

⁴⁹¹ AccountAbility Forum, Issue 1: Spring 2004 Greenleaf Publishing Limited and AccountAbility. pág. 81 (traducción propia).

⁴⁹² MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Chile Transparente, Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, Andros Impresores 2012 pág. 43.

tecnologías de la información relativas a la gestión pública (*e-government*), que permiten su difusión gratuita, instantánea y masiva, ello se suma a los esfuerzos de organismos internacionales que promueven políticas que permiten disminuir la corrupción y mejorar la eficiencia y la eficacia de los gobiernos, bajo la premisa que estos elementos son una condición necesaria para la consolidación de la democracia⁴⁹³.

Mientras los ciudadanos no tengan un adecuado acceso a información, respecto del funcionamiento del sector público y de sus autoridades y políticas, se restringen sus posibilidades de tomar decisiones informadas al ejercer sus derechos ciudadanos⁴⁹⁴, afectando la percepción de legitimidad que los ciudadanos tienen sobre sus autoridades y las instituciones que dirigen. Un ciudadano bien informado, ejerce un importante rol de fiscalizador de las autoridades, reconoce en la gestión de los funcionarios y representantes mayor confianza y legitimidad; se siente más partícipe de los procesos de toma de decisiones y de las rendiciones, asume mayor responsabilidad cuando conoce la gestión y el desarrollo de la función pública, y en este proceso de participación, el involucramiento en las organizaciones sociales, se trata de un aspecto muy relevante en las bases ciudadanas.

El Consejo para la Transparencia, señala que el mayor desafío es hacer operativo en la sociedad, el reconocimiento de un derecho, cómo se institucionaliza y cuáles son las dificultades en dicho proceso y los nuevos temas que aparecen⁴⁹⁵:

- institucionales (tipos de organismos y dependencias),
- administrativos (cultura organizacional del estado, archivos),
- políticos (autonomía de los poderes), y
- de ciudadanía (ejercicio real del derecho).

El reconocimiento de la transparencia nace con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, donde se consagra el derecho a la información⁴⁹⁶.

⁴⁹³ FUENMAYOR, Alejandro; Op. cit. 428.

⁴⁹⁴ MARÍN, 2009 Índice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria. Coordinador, Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C.

⁴⁹⁵

http://www.consejotransparencia.cl/prontus_seminario/site/artic/20100126/pags/20100126174057.html (acceso 10 abril de 2011).

⁴⁹⁶ Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y

Posteriormente, otras instituciones han desarrollado observaciones concretas sobre el derecho de acceso a la información de los organismos públicos como la Carta Democrática Interamericana de la Asamblea General de la OEA, que establece la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública⁴⁹⁷.

4.8.6 ¿Cómo se expresa el derecho de acceso a la información pública?

A través del *accountability*, que los funcionarios públicos “*rindan cuenta por sus conductas, es decir, que estén obligados a justificar y a informar sobre sus decisiones y a que eventualmente puedan ser castigados por ellas*”⁴⁹⁸. Proceso por el cual, se busca lograr que quienes ostenten posiciones de poder y cuyas decisiones afectan la vida de la gente sean verdaderamente responsables por sus actos y su gestión y, al mismo tiempo, se genere un canal de expresión de los ciudadanos sobre los temas que les afectan en su vida⁴⁹⁹. Se observan los primeros usos de este concepto en los 60 en Estados Unidos y en los 70, llega a Europa.

La rendición de cuentas corresponde a un concepto normativo, a un conjunto de estándares para la evaluación del comportamiento de los actores públicos. En muchas democracias representativas, como en Gran Bretaña⁵⁰⁰, la rendición de cuentas se asocia con la legitimidad del poder público. Sin embargo, el desarrollo de las legislaciones y la rendición de cuentas tienen niveles de evolución desiguales entre países y el pionero en Latinoamérica fue México con la creación del IFAI en junio de 2003.

Ligado al derecho de acceso de información, está la protección de datos personales, o derecho de autodeterminación informativa, controlar la información personal, respecto de datos íntimos como el origen étnico, sexo, o creencias religiosas

el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (art 19 Declaración Universal de Derechos).

⁴⁹⁷ FUENMAYOR, Op. cit. 428.

⁴⁹⁸ FUENMAYOR, Op. cit. 428.

⁴⁹⁹ ZADEK, Balancing performance, ethics, and accountability. Journal of Business Ethics, Springer1998.

⁵⁰⁰ BOVENS, SCHILLEMANS, y T'HART, 2008 Does Public Accountability work? Public Administration Vol. 86(1), 225-242.

o puedan afectar los derechos y libertades de las personas. Los ciudadanos tienen la facultad de consentir la recolección, obtención y acceso a los datos personales.

El denominado tercer sector, a veces, puede querer estar por sobre el escrutinio público, aunque ello no parece ser tan obvio, que busca niveles adecuados de transparencia, en varias instancias internacionales se ha expresado la preocupación de dicho sector por la mayor transparencia de las donaciones y las asignaciones de fondos de los gobiernos, pero no se oyen los mismos reclamos respecto de sus propias rendiciones de cuentas y solo en los casos de ONG con centrales basadas en países OCDE, parece existir un adecuado estándar de exigencias en cuanto a balances, información y acceso a los requerimientos, como en el caso del Capítulo Chileno de Transparencia Internacional⁵⁰¹.

Existen denuncias en el desempeño de ONG internacionales que carecen de estándares mínimos y cuya trazabilidad de fondos es escasa o inexistente, puede citarse el caso de la enorme ayuda internacional que se llevó a Haití por parte de EEUU, Canadá y varios países europeos, en particular de la AECID (de España). Los cerca de 1.000 millones de dólares que llegaron después del terremoto que sufrió esta isla (el país más pobre de América, según todas las estadísticas), no parecieron menguar ni apaciguar el sufrimiento.

Las denuncias que se pueden ver en *youtube* bajo el nombre en inglés “*Where did the money go*”⁵⁰²” (adónde se fue el dinero? en Haití), son muy delicadas y lamentables para una institucionalidad que es muy importante para la ayuda humanitaria, donde millones de dólares de ayuda enviada por países desarrollados (Canadá, España, EEUU, entre otros), con el objetivo de apoyar a este país, ante un terremoto del 2010 que costó cerca de 300.000 vidas y destruyó la ya precaria estructura existente, sin embargo, y como plantea el documental, pasados algunos años no se puede encontrar datos de la gestión o rendición de cuentas, lo que genera suspicacias sobre el destino final de los fondos y sospechas de posible corrupción.

El caso de Chile: En la lucha contra la corrupción, lo más eficaz es mejorar la probidad en el sector público y dentro de ella, los procedimientos de fomento de la transparencia son muy significativos. El instrumento legal que promueve la transparencia en la administración pública es la “*Ley de Transparencia de la Función*

⁵⁰¹ <http://www.chiletransparente.cl/> (acceso 19 de junio de 2015).

⁵⁰² <https://www.youtube.com/watch?v=qpa8f3Q8eds> (acceso 19 de junio de 2015).

Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado” que comenzó a regir en abril de 2009.

La fiscalización se radica en instituciones públicas como el Consejo para la Transparencia o en la ciudadanía (sociedad civil organizada) y dependería, en gran medida, del nivel de desarrollo institucional y de la fortaleza de la sociedad civil. Chile tiene un modelo institucional similar al mexicano, en el que se creó una institución autónoma e independiente, que vela por el cumplimiento de la ley y promueve la transparencia.

4.9 Transparencia para las ONG en Chile

Hasta ahora, existía un proceso muy formal para la constitución de estas entidades ante el Ministerio de Justicia, previa revisión del Consejo de Defensa del Estado, se concedía la personalidad jurídica⁵⁰³. Hoy este proceso se ha simplificado por una escritura otorgada ante diversos ministros de fe y depositada en la secretaría municipal y remitiéndose copia al Registro Civil para su inscripción⁵⁰⁴. Este procedimiento, sin embargo, no derogó el sistema anterior, que se mantiene vigente y paralelo a la alternativa de la nueva Ley 20.500.

No existe un tratamiento diferenciado para las ONG, únicamente se ha estimado que deben asumir el formato de una corporación y existen estatutos tipo en la página web del Ministerio de Justicia⁵⁰⁵.

4.9.1 Información que debe enviarse al Ministerio de Justicia

Publicación de los antecedentes que las corporaciones y fundaciones deben enviar anualmente al Ministerio de Justicia:

- memoria anual, que es el boletín legal, informativo y técnico que todas las organizaciones sin fines de lucro deben publicar, reflejando sus actividades, operaciones y el balance contable de sus transacciones,
- copia de las actas de asambleas generales ordinarias y extraordinarias y actas de

⁵⁰³ Artículo 3.º del Decreto 110 de 1979.

⁵⁰⁴ Artículo 548 del Código Civil.

⁵⁰⁵ <http://www.minjusticia.cl/minjus/estatutos-tipo> (acceso 10 abril de 2011).

elección de su directorio,

- balance anual.

Se establece, bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda, el registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos y la obligación de registrar las donaciones realizadas dentro de la categoría de la ley 19.862⁵⁰⁶.

La obligación se aplica tanto a órganos y servicios públicos que se encuentren incluidos en la Ley de Presupuesto, como a los municipios, debiendo llevar un registro de entidades receptoras de fondos públicos. Asimismo, esta obligación rige para las personas jurídicas o naturales, que efectúen donaciones.

La Ley 20.500, por su parte, creó un registro adicional, las Organizaciones de Interés Pública deben inscribirse en un catastro dependiente del Consejo Nacional del Fondo de Fortalecimiento de las Organizaciones de Interés Público, que debe constar en internet y, además, ser gratuito.

4.9.2 Transparencia activa⁵⁰⁷

Tal y como lo plantea un informe de Transparencia Chile, no hay obligaciones de transparencia activa para las ONG en Chile, sólo les exige presentar al Ministerio de Justicia sus Memorias y Balances anuales y copias de actas de asambleas y de elección de su directorio⁵⁰⁸. La nueva ley, agrega que las asociaciones y fundaciones deberán mantener permanentemente actualizados los registros⁵⁰⁹ de sus asociados, directores y demás autoridades establecidas por los estatutos.

En algunos casos, existe la costumbre de publicar, de modo permanente, información básica acerca de su organización, recursos o gestión. En cambio, en el caso de las instituciones públicas la ley de acceso a la información, les exige publicar permanentemente en su sitio web información relevantes respecto de su estructura, normativa aplicable, gestión y uso de los recursos públicos asignados. También existen

⁵⁰⁶ <http://www.registros19862.cl/> (acceso 10 abril de 2011).

⁵⁰⁷ David Ticoll define la transparencia activa de las empresas cuando éstas trabajan conjuntamente con sus grupos de interés (empleados, clientes, socios y otros grupos de interés) para satisfacer las expectativas que se tienen en relación a la comunicación de información y rendición de cuentas. Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales Documento de Trabajo N.º 3 Abril, 2008, Chile Transparente, pág. 9.

⁵⁰⁸ Artículo 36 Decreto 110.

⁵⁰⁹ Ley 20.500 art 9.

exigencias similares para los casos de las sociedades anónimas⁵¹⁰.

La transparencia activa, no implica hacer pública información que pueda ser sensible o que, por su naturaleza, implique riesgos. Se trata de crear una cultura de hacer público la totalidad de la información de financiamiento, funcionamiento y contrataciones relevantes para que cualquier ciudadano o entidad pueda acceder, informarse, comparar y permitir una fiscalización en términos básicos por grupos de interés en el sentido más amplio. Si bien, el principio basado en la voluntariedad es deseable en las actividades no gubernamentales y no debería ser materia de una obligación compulsiva, pero lamentablemente, hasta ahora no es una constante en nuestra sociedad.

Transparencia Chile, ha planteado algunas áreas de mayor relevancia en las que debería existir una adecuada transparencia de las ONG, destacando las siguientes:

- el gobierno corporativo: Misión; Objetivos; Valores; Plan de Acción; Afiliaciones nacionales e internacionales; Convenios y contratos; Certificado de Vigencia; Organigrama; Planta profesional y administrativa; Directorio, Consejo consultivo o asesor; Socios individuales; Declaraciones, presentaciones o discursos; Estatutos; Legislación y normativa aplicable; Política de reclutamiento; Actas de Asamblea del Directorio; Código de Conducta y Canal interno para recibir denuncias;
- rendición de cuentas financieras: Reporte de Rendición de Cuentas Financieras; Información que debe enviarse al Ministerio de Justicia; Reporte Financiero Auditado; Copia de la declaración anual de impuestos; Reporte de proyectos y Actividades de Lobby.

En el año 2003, se creó un sistema de registro de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos. Órganos y servicios públicos incluidos en la Ley de Presupuesto y a los municipios, la obligación de llevar un registro de las entidades receptoras de fondos públicos. Esta obligación también se aplica para las personas jurídicas o naturales que efectúen la donación correspondiente. El registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos se denomina “*Registro de Colaboradores del Estado: Inscripción de Receptores y Transferencias*” y depende del Ministerio de Hacienda.

Solamente se entregarán los recursos públicos o se concederán las franquicias

⁵¹⁰ Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales Documento de Trabajo N.º 3 Abril, 2008, Chile Transparente, Op. cit. 512 pág. 8.

tributarias, cuando las entidades se encuentren inscritas. Los registros que serán llevados por medios computacionales tienen carácter permanente y serán de conocimiento público. La Contraloría General de la República tiene la facultad de fiscalizar estos registros⁵¹¹.

En el “Informe País: Chile Rendición de Cuentas y Transparencia de las Organizaciones de la Sociedad Civil” preparado por la Fundación Soles, se resaltan algunos ejemplos de sitios web de fundaciones o corporaciones que contenían mayores informaciones, que dan cuenta de esta falencia⁵¹².

La reciente modificación normativa de las asociaciones, incluye algunas obligaciones de informar respecto de instituciones denominadas de interés público, que reciban fondos públicos, para la ejecución de proyectos, subvenciones o subsidios, o a cualquier otro título, deben publicitar el uso de esos fondos ya sea por medio del sitio web o por otro medio⁵¹³. Las referidas organizaciones tienen otra obligación, la de dar a conocer sus balances anuales por los mismos canales ya indicados, las entidades para tener esta condición deben estar registradas en un catastro especial. Las obligaciones de transparencia activa que les asigna la reciente normativa, son sin duda de gran relevancia y debe existir un seguimiento respecto de su cumplimiento.

4.9.3 Transparencia en el financiamiento

4.9.4 Financiamiento con fondos públicos

Existe una relación directa entre el fortalecimiento de la sociedad civil y el financiamiento estatal⁵¹⁴ y en la formación de las ONG, se observa en todo caso, una presencia muy relevante del Estado en el financiamiento. La nueva ley crea el Fondo de Fortalecimiento de Organizaciones de Interés Público⁵¹⁵, que se constituye con aportes de la ley de presupuestos, de la cooperación internacional, transferencia de otros organismos del Estado, donaciones y otros aportes a título gratuito.

⁵¹¹ Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales Op. cit. 512, pág. 9.

⁵¹² Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales Op. cit. 512, pág. 10.

⁵¹³ Ley 20.500 art 17.

⁵¹⁴ Estudio Comparativo del Sector Sin Fines de Lucro: Chile, Op. cit. 435, pág. 51.

⁵¹⁵ Ley 20.500 art 21.

Según Tomás Duval⁵¹⁶ los aportes estatales que se transfieren de manera directa son de la siguiente naturaleza:

- aportes fiscales dirigidos, proporción anual del presupuesto público, de acuerdo a los temas prioritarios del gobierno o a criterios de asignación históricos;
- subvenciones y pago por servicios. Se entregan por la prestación de servicios sociales de acuerdo al número de beneficiarios atendidos;
- fondos concursables, el Estado externaliza sus servicios, mediante la estimulación de la competencia de distintos entes privados, para acceder a recursos públicos; y
- aportes estatales que se transfieren de manera indirecta; incentivos tributarios a las donaciones de privados.

Hay para algunos especialistas, como Chile Transparente, los recursos deben ser considerados como públicos, ya que los objetivos que se buscan son de trascendencia pública y al tener un propósito de desarrollo social, eso los transformaría en públicos. No compartimos esta posición, ya que lo que debe existir, es un proceso riguroso de trazabilidad de los dineros de origen directo o indirecto de fondos del Estado, esto para que exista un adecuado mecanismos de auditoría, balances y posibilidades reales de revisión y rendición de cuentas. Respecto de los fines que pretende lograr, debe estarse a los estatutos y a los miembros de la institución que deben exigir que se cumplan los objetivos.

En el caso de Brasil, con mayor habitualidad las entidades sin fines de lucro con forma de ONG obtienen cada vez más financiamiento público, sin afectar su desvinculación con el Estado deben tener un control adecuado de los fondos y una correcta rendición de éstos, lo que para Francisco Juncá, es compatible con el Estado de Derecho y debe defenderse “[...] *la obligatoriedad legal de la explicitación de los mantenedores, contribuyentes, patrocinadores, demostración real de contribuciones, donaciones, transferencias y patrocinios, no solamente ingresos venidos del Poder Público,*

⁵¹⁶ DUVAL VARAS, Tomás; Informe Especial Las ONG en Chile; Op. cit. 437, pág. 7.

*de modo que la sociedad pueda conocer y avalar (ahí está el control social que entendemos necesario) cómo se mantiene la institución, quiénes la integran y apoyan*⁵¹⁷.

4.9.5 Fondo mixto público

Se observan en los lineamientos del gobierno de Chile, algunas medidas concretas que tienden a favorecer a la transparencia en la administración, financiamiento y gestión de las ONG, sin embargo, si lo comparamos con el esfuerzo de fortalecimiento de la transparencia de acceso a la información pública, se aprecia un gran desnivel, que no parece estar justificado.

En cuanto a las donaciones, los recursos desde el gobierno central y su gestión por las ONG, que ha sido descrito, como uno de los objetivos del Plan de Fortalecimiento de la Sociedad Civil en 2001, se planteó garantizar una mayor ecuanimidad y transparencia en la asignación de recursos⁵¹⁸ y, para lo cual se creó un Fondo Mixto cuyo destino era el apoyo de recursos para las ONG.

4.9.6 Registro de personas jurídicas receptoras de fondos públicos

La Ley N.º 19.862, crea un registro de entidades receptoras de transferencias que involucren recursos públicos. Previo a la recepción de fondos, entidades⁵¹⁹:

- susceptibles de recibir dichos recursos públicos y que se encuentran incluidos en la Ley de Presupuesto;
- entidades receptoras de transferencia de fondos públicos;
- entidades que reciban las donaciones reguladas en el artículo 8.º, ley 18.985 (donaciones con fines culturales), en el artículo 69, Ley 18.681 (donaciones a universidades e institutos profesionales), en el artículo 3.º, Ley 19.247 (donaciones con fines educacionales, y en el Párrafo 5.º del Título IV, Ley 19.712 (donaciones con fines de apoyo al deporte); y

⁵¹⁷ JUNCÁ, Francisco Pedro; Buen Gobierno y las ONG Modelos de la Contemporaneidad; Cheyre y otros Eds. Fortalecimiento Institucional Transparencia y Accountability para un Buen Gobierno, Orjikh Editores 2011, Op. cit. 492 pág. 48.

⁵¹⁸ “Plan para el Fortalecimiento de las Organizaciones de la Sociedad Civil”; Ministerio Secretaría General de Gobierno División de Organizaciones Sociales, Santiago, 2 de Mayo de 2001. pág. 8.

⁵¹⁹ DUVAL VARAS, Tomás; Informe Especial Las ONG en Chile; Op. cit. 437, pág. 11.

- aquellas personas jurídicas o naturales que realicen la donación correspondiente. Con posterioridad, la ley 20.500⁵²⁰, por su parte, crea un catastro de organizaciones de interés público que busca mejorar el sistema de registro anterior.

Registro central de colaboradores del Estado y registro central de colaboradores de las municipalidades⁵²¹.

Para una mayor certeza y trazabilidad de los fondos se crea un registro de colaboradores del gobierno central y local:

- registro central de colaboradores del Estado, dependiente de la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda;

- registro central de colaboradores de las municipalidades dependiente de la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior;

- registro único de colaboradores del Estado y de las municipalidades.

Para participar en la asignación de recursos, se debe estar registrado en este listado, para lo cual se les exigen antecedentes tales como estatutos y certificado de vigencia.

Dependiendo de quien provea el financiamiento, existen diferencias en la fiscalización. En el caso de la Presidencia, se requiere una rendición mensual, ello a través de un convenio firmado, sin embargo, no se verifica si efectivamente se realizaron las actividades comprometidas. En el hecho, si se han recibido fondos públicos, la Contraloría General de la República puede fiscalizar.

Aunque se pueda tener la impresión que todos estos registros permitan asegurar una mayor responsabilidad y seguimiento de los dineros, la verdad sea dicha, se trata solo de una identificación de entidades receptoras, pero ello no implica que exista un mecanismo de seguimiento y rendición riguroso.

DOS: La División de Organizaciones Sociales, dependiente del Ministerio Secretaría General de Gobierno, tiene a su cargo la implementación y coordinación de

⁵²⁰ Ley 20.500 art 16.

⁵²¹ artículo 7.º de la ley, y los artículos 9 y 10 del Decreto N.º 375 de 2003, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley N.º 19.862.

la política pública en materias de participación ciudadana⁵²². Se crea para mejorar la comunicación y vinculación con el Gobierno, busca fortalecer y promover las organizaciones de la sociedad civil para una evaluación de la gestión pública.

Para cumplir su misión, la DOS tiene 3 instrumentos:

- fondo para el desarrollo de la sociedad civil,
- programa nacional de voluntariado, y
- diseño de políticas para el fomento asociativo de los no organizados.

4.10 Normas tributarias aplicables a las entidades sin fines de lucro

Aunque se ha debatido en diversos casos la naturaleza y características de las fundaciones y corporaciones, en cuanto a su tributación, los oficios del Servicio de Impuestos Internos, hasta ahora, han sido categóricos en cuanto a que están sujetas al mismo marco tributario que el resto de los contribuyentes, especialmente, en relación a los Impuestos a la Renta y al Valor Agregado y las obligaciones que les corresponden, no difieren de los demás contribuyentes.

4.10.1 Obligaciones tributarias de las ONG⁵²³

Ante la repartición de utilidades entre los socios, se estima que los ingresos obtenidos y que solo estén constituidos por cuotas sociales y que aportan sus asociados, para el financiamiento de las actividades sociales que realiza la entidad, no constituyen renta para los efectos tributarios, como asimismo, todo otro ingreso que una ley determinada tipifique como, no constitutivo de renta tributable.

4.10.2 Exenciones tributarias⁵²⁴

Existen algunas alternativas que permiten captar fondos a las entidades sin fin de lucro y que, además, las liberaría de determinadas cargas que son aplicables a los

⁵²²

http://www.participemos.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=425&Itemid=32
(acceso 10 abril de 2011).

⁵²³ www.sii.cl (acceso 10 abril de 2011).

⁵²⁴ artículo 40, Ley del Impuesto a la Renta.

contribuyentes en general, sin embargo, es necesario advertir, que los actuales beneficios que otorga el Estado son claramente insuficientes y parten de una desconfianza de la labor que pueden cumplir las entidades sociales como un complemento de las tareas del Estado, ello se vuelve aún más patente, cuando se consideran otras naciones que tienen una larga historia de altruismo y relevante apoyo de distintas actividades, los casos de EEUU y el mundo anglosajón en general tienen incorporada un actitud de devolver a la comunidad y sentirse parte de una sociedad a la cual quieren contribuir:

- beneficiarios⁵²⁵ de exenciones al impuesto de primera categoría a las instituciones de ahorro y previsión social que determine el Presidente de la República (por Decreto), la asociación de Boy Scouts de Chile y las instituciones de Socorros Mutuos afiliados a la Confederación Mutualista de Chile. Esta exención no incluye a las rentas que obtengan estas instituciones clasificadas en los números 3 y 4 del artículo 20 de la misma Ley;

- rentas exentas⁵²⁶, todas las rentas de las instituciones de beneficencia que determine el Presidente de la República mediante Decreto Supremo;

- instituciones exentas por leyes especiales⁵²⁷. Juntas de vecinos y organizaciones comunitarias, exentas del impuesto de primera categoría por Decreto N.º 58 de 1997 del Ministerio del Interior, y las Cooperativas, que cuentan con una serie de beneficios tributarios definidos en el Decreto 502 de 1978, Ministerio de Economía.

4.10.3 Tratamiento tributario de las donaciones

Las donaciones⁵²⁸ a instituciones que prestan servicios directos a personas de escasos recursos o discapacitadas y del fondo mixto de apoyo social y a las entidades de carácter político, por lo establecido en el artículo 1º Ley N.º 19.885, que señala: *“50% de las donaciones en dinero que efectúen los contribuyentes del impuesto de primera categoría podrá ser deducido como crédito y la rebaja como gasto del 50% restante de la donación”*.

⁵²⁵ N.º 3 artículo 40.

⁵²⁶ N.º 4 artículo 40.

⁵²⁷ N.º 2 artículo 40.

⁵²⁸ Circular 55 SII.

El financiamiento de las organizaciones sin fines de lucro, se complementó en una normativa destinada a mejorar el aporte de donaciones a instituciones con fines culturales Ley 20.675 del 5 de junio de 2013.

La norma amplía las posibilidades de donaciones de personas naturales vivas y por causa de muerte, se les permite obtener un crédito a los contribuyentes de un 50% de la donación, ampliando un beneficio que ya existía para las personas jurídicas, y para éstas últimas, también mejora la situación no precedente, ya que existían varias limitantes como que no existieran pérdidas en el ejercicio. Respecto de las asignaciones testamentarias que beneficien a entidades que gocen del privilegio, se aceptará como anticipo del impuesto de herencia.

Para efectos de considerarse como una entidad susceptible de la donación, se debe proponer un proyecto, el que debe ser aprobado por un comité que depende del Consejo Nacional de la Cultura⁵²⁹, cada año en junio, el Comité Calificador de Donaciones Culturales debe preparar un informe para fines de estadística y de información, en el que se incluirán lo proyectos aprobados, propósito y presupuesto; número de contribuyentes que hayan realizado donaciones y cantidad total de los recursos⁵³⁰. Al acceder al sitio web de los proyectos, se puede observar una insuficiente y muy genérica información, y contiene lo siguiente:

- tipo de proyecto;
- público objetivo;
- tipo y nombre de entidad beneficiaria;
- lugar geográfico de ejecución;
- ámbito artístico, patrimonial y/o cultural;
- duración del proyecto;
- monto, y
- número estimado de personas destinatarias.

Los antecedentes informados, son muy elementales y no permiten un seguimiento informado, ni facultan para un adecuado y serio accountability.

⁵²⁹ <http://www.donacionesculturales.gob.cl/> (acceso enero 2015).

⁵³⁰ Art 19 Ley 20.675.

Los potenciales beneficiarios de esta normativa de donación son: “*Universidades e institutos profesionales, la dirección de bibliotecas archivos y museos, DIBAM, los museos estatales o municipales, los propietarios de inmuebles con declaratoria patrimonial, las bibliotecas, las juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias funcionales, y las corporaciones y fundaciones*”⁵³¹.

Existe una base de datos de proyectos aprobados que permiten filtrar la búsqueda, ya sea, por tipo de proyecto, monto y también, según la zona del país en el que se ubica⁵³².

Como ya se ha observado con anterioridad, la normativa parece promover la transparencia de una manera insuficiente, ya que se trata de cifras generales, sin desagregar detalles, que podrían ser de mucho interés, al igual que la norma chilena de financiamiento de la política, por ejemplo, que hasta la fecha mantenía un registro del monto de los aportes de privados, pero a pesar de ello, no se puede conocer un desglose detallado, con lo que se hace insuficiente e inadecuado, y por ello no se puede cumplir un rol de acceso mínimo a la información con estándares tan bajos.

4.11 Análisis del caso de España

España tiene una amplia experiencia en la cooperación para desarrollo y la actividades de las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, de hecho unos 6 millones de españoles se vinculan como voluntarios de alguna manera con las labores de esas fundaciones que se acercan a las 30.000, que dan trabajo a 636.000 personas y su actividad representa un importante 6% del PIB, con ello se hace patente la necesidad de actualizar la normativa, ello se ha acogido con el envío de anteproyectos de ley de voluntariado y del tercer sector, con el propósito de “*modernizar y reforzar la acción solidaria y avanzar en la agenda social del Gobierno*”⁵³³. La verdad, es que la legislación era incompleta, retrasada y no existe regulación del tercer sector.

Podría llamarnos la atención que no se fija como uno de los objetivos centrales de la iniciativa legal, la necesidad de contar con mayores y mejores estándares de rendición de cuentas ni de transparencia, toda vez que los montos que se indican que

⁵³¹ <http://www.donacionesculturales.gob.cl/> (acceso 23 de junio de 2015).

⁵³² <http://www.donacionesculturales.gob.cl/proyectos/> (acceso 11 de enero 2015).

⁵³³ <http://www.elmundo.es/espana/2015/01/23/54c25ed322601d8e138b456b.html> (acceso 26 de enero 2015).

el Estado Español, adeudaría al tercer sector alcanza unos 3.000 millones de Euros, el fondo está adeudado por las Administraciones Públicas, a través de convenios suscritos.

La necesidad de mejores estándares de transparencia, ha sido denunciada mediante la prensa o por informes de otras ONG, como NGO Monitor, que señala que “[l]os niveles de transparencia y de rendición de cuentas en el proceso de toma de decisiones en España a niveles federales, regionales y municipales, son altamente inadecuados en general⁵³⁴”. Se critica que la AECID⁵³⁵ (Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo), carece de los mecanismos de supervisión suficientes para saber cómo se gastan los recursos públicos y en muy pocas oportunidades, se publican sus resultados anuales.

Lo anterior, puede deberse a que no parece ser uno de los propósitos de la normativa pertinente, el asegurar una mayor transparencia. En efecto, si vemos la ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo de la AECID⁵³⁶, cuando se expresan los fundamentos de la normativa, se afirma, que la ley de cooperación, “[...] *no puede eludir los problemas que presenta el marco jurídico actual, esto es: rigidez excesiva en los procedimientos administrativos, necesidad de una mayor transparencia, mecanismos de evaluación objetivables*⁵³⁷”. En todo caso, nos puede sorprender, que no se vuelva a utilizar la expresión “transparencia”, en todo lo que sigue del texto, y no se establecen obligaciones particulares para la entrega de información, aunque sí, se considera la pertenencia de un registro de organizaciones no gubernamentales de desarrollo⁵³⁸. Sin embargo, lo que no olvida la ley, es establecer un régimen fiscal y de aportaciones, haciéndoles aplicables los beneficios de las siguientes normativas: Capítulo I Título II de la Ley 30/1994; art 45 .1A.c) del real decreto legislativo 1/1993; artículo 20 apartado uno número 8 de la ley 37/1992; Capítulo II Título II Ley 30/1994.

⁵³⁴ KERN, Soeren, Spanish Government Funding for NGOs: 2009-2011, Assessing Transparency, Accountability, & Impact, NGO Monitor Monograph Series, May 2013 pág. 2 (traducción propia).

⁵³⁵ <http://www.aecid.es/ES/presentación> (acceso 21 de junio de 2015).

⁵³⁶ Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

⁵³⁷ Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, II Estado actual de la cooperación párrafo 3.

⁵³⁸ Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo art 33.

La acción legislativa debe asumir una doble perspectiva según Nicolás Rodríguez, en positivo de los beneficios y logros del tercer sector, pero además una acción legislativa en negativo, “[...] *que el mundo jurídico que crea y ampara las ONG, y en general a las personas jurídicas, ha tenido que plantearse en sus producciones normativas qué hacer no sólo con aquellas que usan y abusan de estas organizaciones para llevar a cabo, directa o indirectamente, actuaciones delictivas, principalmente relacionadas con el fraude, la corrupción, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sino que también como exigir responsabilidad penal a las propias organizaciones*”⁵³⁹.

Entonces, ¿cómo se puede entender, que la normativa de cooperación, que es tan importante para la política exterior de un país, contenga beneficios tributarios para desarrollar una actividad, sin traer, como contraprestación, obligaciones máximas de rendición de cuentas?

Hemos empleado la expresión “*obligaciones máximas*” deliberadamente, ya que se trata de dinero público y de actividades muy relevantes para la sociedad, no puede, entonces, quedar asegurado que, porque exista una labor humanitaria, por loable que esta sea, no se fijen estándares similares a los que se emplean a funcionarios públicos que cumplen comparables labores y aunque los recursos empleados, que también son del mismo origen, de los contribuyentes.

Lo que afirmamos, no se basa tanto en la desconfianza, sino mucho más, en la visión del coste de oportunidad, es decir, si los fondos públicos son, eventualmente mal empleados, por algunas asociaciones, esos recursos podrían derivarse a otras entidades o actividades, que sí tengan los estándares máximos a los que hemos aludido. En conclusión, el destinatario de los fondos públicos debe, sin distinción de su actividad, rendir cuenta con el máximo rigor y transparencia.

El proceso de registro que se indica en la ley española, se realiza mediante un solicitud de inscripción, la que se encuentra en la página web de la AECID⁵⁴⁰, de esta

⁵³⁹ RODRIGUEZ G., Nicolás; ¿ONG Delinquere Protest? Apuntes Críticos sobre la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas por sus conductas desviadas en el sistema penal español; en Cheyre, Juan Emilio et al, eds Fortalecimiento Institucional, Transparencia y accountability para un buen gobierno Orjijk Editores, 2011 Op. cit. 492 p.104-105.

⁵⁴⁰

<http://www.aecid.es/ES/Paginas/La%20AECID/Nuestros%20Socios/ONGD/Registro/Solicitud-de-inscripcion.aspx> (acceso 26 enero 2015).

manera se puede acreditar el cumplimiento de las condiciones que establece el artículo 32 de la Ley 23/1998.

La información requerida, es de tipo habitual y esperable: acta constitutiva; estatutos de la entidad visados; tarjeta del NIF; certificado de inscripción en registro público español de asociaciones o fundaciones; además, deben adjuntarse declaraciones juradas del representante legal, de no haber sido sancionadas previamente; de las cantidades recibidas de subvenciones o ayudas de organismos públicos e indicar, si se dispone de medios para el desarrollo de sus actividades.

Nuevamente, nos parece necesario destacar, que si se solicita una declaración jurada de los dineros públicos recibidos, ello debería implicar, con toda naturalidad asumir algún tipo de obligaciones adicionales.

La Asociación Española de Fundaciones (AEF), lo tiene muy claro, cuando en declaraciones de su presidente Javier Nadal⁵⁴¹, se afirma que “[l]a transparencia es un requisito sine qua non de la legitimidad del sector, así como una práctica imprescindible para lograr un marco regulatorio flexible que permita a las fundaciones, bajo la responsabilidad de sus patronos, desarrollar sus actividades con autonomía y libertad”.

La demanda de una regulación adecuada, flexible y no asfixiante, es deseable, pero al mismo tiempo, la exigencia de niveles de transparencia, no parece ser un obstáculo.

Hay entidades sin fines de lucro, que han desarrollado modelos de una política de comunicación financiera de buenos estándares, como es el caso de Médicos sin Fronteras, que lo realiza a través del “*International Movement Financial Report*”, o también, el caso de la fundación de Manos Unidas, entidad que publica el libro de proyectos, acerca del estado financiero y operativo de los proyectos que están desarrollando⁵⁴².

4.11.1 Guía de la Transparencia en España

⁵⁴¹ <http://www.fundaciones.org/es/home> (acceso 26 enero 2015).

⁵⁴² ANTUÑAMO, Maruri, citado por FERNÁNDEZ José Antonio en la Accountability Pública y Social de las ONG; CHEYRE y otros Eds. Fortalecimiento Institucional Transparencia y Accountability para un Buen Gobierno, Orjikh Editores 2011, Op. cit. 492 pág. 68.

Existe también una iniciativa de la Fundación Lealtad, que está dedicada desde un análisis voluntario de someterse al examen de una entidad que actúa como una revisora de sus pares, a la fecha, 222 ONG se han sometido a la revisión en cuanto al cumplimiento de nueve principios⁵⁴³:

- funcionamiento y regulación del órgano;
- claridad y publicidad del fin social;
- planificación y seguimiento de la actividad;
- comunicación e imagen fiel en la información;
- transparencia en la financiación;
- pluralidad en la financiación;
- control en la utilización de los fondos;
- presentación de las cuentas anuales y cumplimiento de las obligaciones legales; promoción del voluntariado.

Si bien la iniciativa parece muy interesante, ésta depende enteramente de la voluntariedad y, de ahí, que los que se someten a la revisión muestran altos niveles de cumplimiento, por sobre el 90%.

La normativa española de acceso a información pública, hace extensiva su aplicación en el ámbito subjetivo a las fundaciones del sector público, previstas en la legislación en materia de fundaciones⁵⁴⁴ y a las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades a las que se ha hecho referencia. En este último caso, en la normativa en comento, se dispone que las obligaciones derivadas de la presente Ley, serán llevadas a cabo por la administración que ostente la secretaría del órgano de cooperación. La normativa de transparencia, se aplicará a aquellas entidades sin fines de lucro, que reciban recursos públicos y que superen ciertos montos, tomando un criterio basado en que se trate de montos relevantes y evitar una fiscalización que sea aplicable todo monto (100.000 Euros o que el 40% de sus

⁵⁴³ <http://www.guiatransparenciaong.fundacionlealtad.org/guiaong/home> (acceso 27 enero 2015).

⁵⁴⁴ 12.887 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno art 2 N 1 letra h) e i).

ingresos tengan el carácter de ayuda o subvención pública y alcancen, al menos 5.000 Euros).

Si bien se trata de un avance significativo, y nos parece, más acertado que el caso chileno, que no hace extensiva la legislación de acceso a información pública a éstas entidades, no se aprecia la razón de establecer rangos relativamente altos, el criterio debería ser basado exclusivamente en que se trata de dineros públicos los que deben ser rendibles, y cuando se trata de un funcionario público, este no se encuentra exento de rendir dineros en rangos de 100.000 Euros, por lo que pensamos que se puede avanzar más en esta línea regulatoria y que debemos hacer un seguimiento de su aplicación a los casos concretos.

En el informe de la OCDE de 2011, con mecanismos de evaluación de pares, respecto de la cooperación para el desarrollo que implementan los Estados, el caso de España, que lo lidera la AECID, no resulta del todo bien evaluado, ya que hay varios aspectos en los que se reiteran las recomendaciones del año 2007, y en que se deben incrementar los niveles de transparencia y de cohesión, en especial, se indica que deben incrementarse los diálogos en el país en el que se desarrolla la cooperación respectiva como destinatario.

En el citado informe de la OCDE, se establecen recomendaciones para mejorar la transparencia, España debe mejorar el seguimiento para monitorear la transparencia y fortalecer su capacidad para controlar aún más el potencial impacto de sus políticas.

Son las propias ONG, las que señalaron ante el equipo revisor, que el gobierno español carecía de la capacidad institucional para monitorear y analizar el impacto en el desarrollo de las políticas públicas. Tampoco se lo consideró suficientemente transparente, respecto las decisiones políticas que se necesitan en las organizaciones multilaterales y la UE, lo que dificulta poder supervisar la consistencia de las políticas nacionales e internacionales de España, con su compromiso con el desarrollo.

Se recomendaron a España tomar algunas medidas concretas⁵⁴⁵:

- obtener la Red de Puntos Focales de trabajo con carácter de urgencia y garantizar la capacidad suficiente en el ministerio de consolidar la información que

⁵⁴⁵ DAC PEER REVIEW OF SPAIN—© OECD 2011 pág. 41 (traducción propia) <http://www.oecd.org/dac/peer-reviews/spain2011dacpeerreviewmainfindingsandrecommendations.htm> (acceso 22 de septiembre de 2015).

produce;

- capitalizar recursos fuera del gobierno, tales como el Consejo de Cooperación al Desarrollo, ONG y universidades, para analizar las consecuencias de la (in)coherencia; y

- proporcionar más información al Consejo de Cooperación para el Desarrollo, la sociedad civil y al público, acerca de las decisiones de política a nivel de gabinete que afectan a las políticas de desarrollo, de manera que las entidades pueden cumplir con su mandato de supervisar las políticas y proporcionar asesoramiento.

Se trata de lograr una ayuda española más transparente, cohesionada, y sin obstaculizar la capacidad de gobiernos socios para planificar y coordinar la ayuda internacional.

El caso de México⁵⁴⁶, por su parte, las entidades deben registrarse en un repositorio federal y obtener un número de inscripción, que les da derecho a obtener apoyos, capacitación y recursos. La información que se entregue, mediante informes anuales de las organizaciones sin fines de lucro, que existen disponibles en las páginas web, tendrán carácter de información pública y puede ser requerida por cualquier persona.

Es significativo, que cuando se hacen evaluaciones de las percepciones, las entidades evaluadas tienen una imagen de sí mismas, mucho mejor que la realidad, como es el caso del informe analítico de país del Índice CIVICUS, de la sociedad civil de Uruguay, realizado en el año 2010. En la evaluación de códigos de conducta y buenas prácticas de transparencia, un 31% de los encuestados, manifiesta que efectivamente se pone a disposición del público un código de conducta para el personal, y un 54%, considera que efectivamente se tiene a disposición general la información financiera, sin embargo, el informe referido, señala que solo un 13,6% de las páginas web institucionales y aun menos, a través de publicaciones y boletines cumplen con este estándar.

El Informe concluye, que *“si bien se valora expresamente la democracia interna, la transparencia y la rendición de cuentas, así como las prácticas ambientales en la gestión*

⁵⁴⁶ Capítulo III del Título Segundo de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

*institucional, en los hechos estas prácticas no están lo suficientemente incorporadas, desarrolladas ni extendidas*⁵⁴⁷.

La práctica de los valores termina siendo mal evaluada en el citado informe, en el que los encuestados expresaron valores genéricamente y, que no se condicen dichos valores, con las prácticas, esta incongruencia debería ser particularmente, objeto de preocupación y atención.

La democracia interna en los procesos de toma de decisiones, los liderazgos y las relaciones laborales, debieran ser aspectos mas fortalecidos en el desempeño de estas instituciones y en los que se debería mejorar la transparencia, lo que puede ayudarles en el cumplimiento de sus propios fines y la obtención de una mayor credibilidad y legitimidad con sus grupos de interés y asociados, donantes y la comunidad.

4.12 Participación ciudadana y la Ley 20.500

Aunque el diagnóstico previo a la ley, era bastante compartido respecto de las necesidades de una mayor transparencia para las ONG, de hecho Chiletransparente recomendaba ya en 2008 que “[...] *las ONG necesitan ser proactivas (transparencia activa) y deben divulgar la información relevante para sus distintos grupos de interés para crear confianza; una forma eficaz de hacerlo, es a través de una política de transparencia institucional*”⁵⁴⁸. Sin embargo, la nueva ley que pretendía fortalecer a las organizaciones civiles y que fue posterior a la ley de acceso de información pública, no llegó a exigir transparencia ni activa ni pasiva a las organizaciones del tercer sector, ya que lo único que logró fue crear en la línea de una mayor formalidad y publicidad, fue crear un registro público en manos de otro servicio diferente del gobierno central, y facilitar en los trámites para su creación, dejándolo en manos de los municipios, aunque de manera sorprendente, no estableció obligaciones que sería muy deseable implementar.

⁵⁴⁷ Del saber hacer al saber actuar La sociedad civil y su incidencia en las políticas públicas de Uruguay Informe analítico de país del Índice CIVICUS de la Sociedad Civil de Uruguay, Montevideo 28 de febrero 2010, pág. 37.

⁵⁴⁸ Documento de Trabajo N.º 3 Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales ChileTransparente 2008. Op. cit. 512 pág. 9.

Dentro de las alternativas para la promoción de una mayor participación ciudadana, existen varias instancias, en el sitio web de la Subsecretaría General de Gobierno⁵⁴⁹, se señalan tres instancias de participación:

- los consejos de la sociedad civil;
- cuentas públicas participativas y,
- consultas ciudadanas.

Con la promulgación de la Ley 20.500 en el año 2011, se retomó un camino abandonado por largo tiempo respecto del mundo no gubernamental, de las asociaciones y de la participación ciudadana, que demandaban hacía mucho una regulación que facilitara la asociatividad y a la vez, diese garantías a los donantes y partícipes.

Se trata, en todo caso, y como ya hemos advertido, de una norma insuficiente, ya que resolvió solo algunas de las materias fundamentales respecto de las fundaciones y corporaciones, normativa que ya tenía más de cien años, sino que incorporó una nueva estructura que facilitara la creación de las actividades sin fines de lucro. Se agregaron algunas exigencias respecto de su constitución, tales como la intervención del oficial de la municipalidad. Asimismo, se agregó algo relevante, ya que las asociaciones “[...] *estarán obligadas a llevar contabilidad de conformidad con los principios de contabilidad de aceptación general. Deberán además confeccionar anualmente una memoria explicativa de sus actividades y un balance aprobado por la asamblea o, en las fundaciones, por el directorio*”⁵⁵⁰.

Esta disposición legal innova y agrega algo importante respecto de los balances y de las obligaciones contables, incluso en algunos casos, estas entidades deberán contar con auditores externos independientes, cuando su patrimonio supere un monto que debe ser definido por el Ministerio de Justicia.

En conformidad con los derechos de asociación y reunión que establece la Constitución Política (art 19 N.º 13 y 15), ya se reconoce el derecho de “*crear asociaciones que expresen la diversidad de intereses sociales e identidades culturales*” y el deber del Estado de “*promover y apoyar las iniciativas asociativas de la sociedad civil*”. Esto último, se encuentra garantizando por criterios objetivos y de plena transparencia,

⁵⁴⁹ <http://participacionciudadana.segegob.cl/> (acceso 23 de enero 2015).

⁵⁵⁰ Art 551-1 Ley 20.500.

por lo que no nos parece que esta norma estaría agregando mucho a lo ya existente, ya que siempre deben ser con este criterio las actuaciones del Estado.

En su artículo 8.º, la nueva normativa establece la creación de un registro nacional de personas jurídicas sin fines de lucro, que sin embargo, no reemplaza el registro ya existente de Personas Jurídicas, que está bajo la custodia del Ministerio de Justicia, en su departamento de Persona Jurídica. Se introduce en esta normativa, con el fin aparente de asegurar una mayor transparencia un nuevo rol del Servicio de Registro Civil e Identificación. Es importante llamar la atención, que esta última entidad ha recibido la mayoría de las recientes funciones creadas con el propósito de asegurar un mayor acceso, facilitar trámites o dar gratuidad de un procedimiento (posesiones efectivas testamentarias y trámites menores de ministro de fe). Esta no parece ser una forma correcta, la de quitar funciones a una entidad, para asignarlas a una nueva (desde el Ministerio de Justicia al Registro Civil).

En el caso en comento, se asignó un rol a las municipalidades para las ONG, quienes tendrán la función de actuar como ministros de fe en la creación y modificación de estas asociaciones, con ello, parece pretenderse asegurar una mayor cercanía con los ciudadanos y con un órgano local, la municipalidad, ésta última simplemente remite los antecedentes al Registro Civil⁵⁵¹. Las materias que deben registrarse (a modo de transparencia activa), son la constitución, modificación y disolución o extinción, las sentencias de los tribunales de justicia que sean disueltas, y un registro que mantendrá la nómina de las entidades vigentes.

Las municipalidades deberán constituir un consejo comunal de organizaciones de la sociedad civil, el que estará conformado por entidades comunitarias de carácter territorial y por organizaciones de interés público de la Comuna⁵⁵², y el Alcalde deberá informarle a este Consejo sobre los proyectos de inversión y el plan regulador entre otras materias.

Del mismo modo, la ley que estamos analizando, se refiere a entidades de interés público, que dicen relación con actividades “*cuya finalidad es la promoción del interés general, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio*

⁵⁵¹ Art 8.º Ley 20.500.

⁵⁵² Art 94 ley 18.695.

ambiente, o cualquiera otra de bien común, en especial, las que recurran al voluntariado, y que estén inscritas en el Catastro”⁵⁵³.

Aunque pareciera que uno de los objetivos de la nueva normativa, es permitir mayor conocimiento de las entidades, su funcionamiento y de su manejo, no se aprecia una mejoría significativa, toda vez que no establece obligaciones concretas y adecuadas para las entidades que genéricamente denominamos ONG, no hay por tanto obligaciones de transparencia activa ni mucho menos de transparencia pasiva, las que tampoco tendría sentido de ser excesivas u onerosas, ya que desnaturalizaría su propósito, que no es el control sino el conocimiento y la rendición de cuentas.

Nuevamente, pensamos que se aprecia que el énfasis normativo está casi enteramente enfocado en la asignación de los fondos y no en la rendición de cuentas y del logro de los objetivos que se plantea el legislador para que se cumpla una función adecuada. La rendición de cuentas, es un trámite que se fija de modo muy formal y donde parece que es suficiente y bastaría con entregar los números, ello sin una adecuada evaluación de cómo se gastaron los fondos, un adecuado desglose y conocer si los propósitos fundamentales se han logrado adecuadamente.

En todo caso, la citada ley 20.500, en un ámbito separado de las asociaciones, estableció un interesante sistema de participación para un mejor acceso a la información de la ciudadanía, ello a través de sendos consejos de la sociedad civil, cuyo objetivo según se declara en la norma, es “*conformar organismos de participación de carácter consultivo que permite generar un diálogo participativo entre las asociaciones vinculada*”⁵⁵⁴, y según sea la entidad pública que se trate, que se encuentren vinculados con los quehaceres de la institución, los partícipes son convocados, se los seleccionan y tienen un reglamento que fija su funcionamiento, estructura y mandato.

En el caso de DIRECON, se trata de “*materias relativas a negociaciones comerciales, implementación de los tratados de libre comercio, servicios y programas para la promoción de exportaciones y participación de Chile en organismo económicos multilaterales*”. Actualmente, conforman este Consejo participativo unas 27

⁵⁵³ Art 15.º Ley 20.500.

⁵⁵⁴ <http://www.direcon.gob.cl/participacion-ciudadana/consejo-de-la-sociedad-civil/> (acceso enero 2015).

entidades⁵⁵⁵, entre las que se identifican cámaras de comercio e industria, universidades y centros de pensamiento, y diversas ONGs, cuyas temáticas son pertinentes como derechos digitales, uniones de artistas, corporación de movimiento campesino. Se aprecia una interesante integración diversa, aunque 27 instituciones son relativamente pocas, si se aprecia que buena parte de ellas están vinculadas a sectores productivos, la participación está, sin embargo, reservada para representante de asociaciones sin fines de lucro y organizaciones de la sociedad civil que tengan relación con las temáticas que trabaja este servicio.

Hay otros casos, como Ministerio Secretaría General de Gobierno, que cuentan con un número muy bajo de entidades participantes, se trata de sólo 8 entidades⁵⁵⁶.

El funcionamiento y composición del Consejo, está regido por normas propias de cada entidad, en el caso de DIRECON, la Resolución Exenta N J 0541/2013, la que señala que son mecanismos de participación ciudadana: Cuenta Pública Participativa; Consulta Ciudadana; Acceso a la Información Relevante y Consejos de la Sociedad Civil.

Es interesante observar que, el rol del Consejo Consultivo, no solo es de mera información, ya que se le asigna además, la posibilidad de pronunciarse sobre materias que se le sean consultados y esta organización, podrá emitir opiniones cuando se le sometan a consulta⁵⁵⁷.

En cuanto a su delimitación, existen razones prudentes para establecer un número que permita su buena administración y las condiciones de logística, para poder reunirse, por lo que una participación extremadamente numerosa no sería aconsejable ni adecuada, sin perjuicio de ello, sí se requiere mantener un equilibrio adecuado, que concilie a las distintas sensibilidades de la sociedad, tanto respecto de las temáticas a tratar, como de las sensibilidades políticas ampliamente representadas. En el momento que se permita hacer una selección “*preferente de los integrantes*” del Consejo, es posible que se perjudique la deseable conformación equilibrada que mencionamos.

⁵⁵⁵ <http://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Registro-de-asociaciones.pdf> (acceso enero 2015).

⁵⁵⁶ <http://participacionciudadana.segegob.cl/> (acceso enero de 2015).

⁵⁵⁷ Art 3.º Resolución Exenta N J 0541/2013.

Las actas de las sesiones de este consejo, son de conocimiento público, a través de la web de las instituciones⁵⁵⁸, en ellas, se deja un registro general, pero adecuado de los temas tratados, así como del tipo de consultas y exposiciones que se presentaron en las reuniones.

Debe concluirse que, uno de los desafíos importantes que tiene esta instancia y que merece toda nuestra aprobación, es que los integrantes sientan con realismo, que cumplen un rol concreto y significativo, que tiene sentido ser convocados y participar, y que pueden proponer temáticas que sean contingentes y muchas veces sobre problemas de preocupación política. En el evento que las entidades y sus representantes, no se sientan parte de un consejo que es consultado, que se les considera, que se incorporan sus comentarios, se pasará a una irrelevancia y poco a poco los integrantes dejarán de participar.

Hasta la fecha, se observa un interés de asistir, de proponer iniciativas y de conocer informes sobre aspectos menos conocidos de la gestión, ello revela que la transparencia activa lleva a otras etapas que implican solicitar información, pero también de ser parte de los procesos de toma de decisiones, sin embargo, no nos parece que esté asegurada la continuidad de esta instancia, si no se toman en consideración el potencial desgaste sin un rol significativo y perceptible.

Adicionalmente, se contemplan otras instancias de participación, como Cuentas Públicas Participativas⁵⁵⁹, en las que se proponen espacios de diálogo e intercambio de opiniones, *“entre las instituciones, sus respectivas autoridades y la comunidad, con el propósito de dar a conocer la gestión, para posteriormente evaluarla, generar transparencia, condiciones de confianza y garantizar el ejercicio del control ciudadano sobre la administración pública”*⁵⁶⁰.

Las cuentas participativas que se muestran en la web de la institución son, escasamente 2, y que son parte de una misma instancia, ya que ambas se refieren a la cuenta del año 2012. Aunque la instancia ofrecida señala que los ciudadanos, además de conocer el documento que muestra la cuenta, se permite realizar consultas a los

⁵⁵⁸ <http://www.direcon.gob.cl/participacion-ciudadana/consejo-de-la-sociedad-civil/> (acceso enero de 2015).

⁵⁵⁹ <http://participacionciudadana.segegob.cl//cuentas-publicas-participativas> (acceso enero de 2015).

⁵⁶⁰ <http://participacionciudadana.segegob.cl//consultas-ciudadanas> (acceso enero 2015).

servicios y se advierte que su propósito fundamental, es un mecanismo que “*facilita el control ciudadano sobre las instituciones públicas*”, de modo que los ciudadanos “*tengan la opción de fiscalizar el quehacer de los ministerios y servicios públicos anualmente*”⁵⁶¹. No es fácil apreciar la manera cómo se materializa esta fiscalización, si la información se presenta de manera tan poco desagregada y se requiere un conocimiento técnico importante, dificultando que los ciudadanos comunes puedan ser parte de este loable objetivo. Al mismo tiempo, en la web de las cuentas participativas, tampoco se aprecian o al menos, no se da cuenta de su participación concreta, respecto de esta instancia.

Las cuentas se diferencian en cuentas anuales virtuales (en la web) y presenciales y contienen un *power point* estadístico con datos y cuadros de gestión, se trata de una iniciativa de transparencia activa sin posibilidades de cuestionamiento o *feedback*.

También se ofrece, en esta propuesta de mayor participación ciudadana, las consultas ciudadanas, las que promueven la incorporación de la opinión de la ciudadanía de una política, plan, programa o proyecto. Si se observa, por ejemplo, la página de participación ciudadana,⁵⁶² se aprecia un bajo número de casos de consultas, entre octubre de 2011 y diciembre de 2013, se pueden ver 10 consultas, la participación a casi todas ellas apenas superan los 50 participantes, salvo en el caso de la consulta sobre Discriminación en Chile, la que superó los 34.000 ciudadanos que participaron⁵⁶³, con respuestas y propuestas a la consulta, lo que es muy revelador que, según sea la materia que se trate, los ciudadanos tendrán mayor conocimiento e interés por ser co-partícipes del desarrollo de una política pública.

La tendencia de un verdadero *accountability* social, implica la “*adopción de un nuevo paradigma de Buen Gobierno [que] busca mejorar la legitimidad social de las organizaciones mediante un proceso de participación y transparencia cívica, la recepción*

⁵⁶¹ <http://participacionciudadana.segegob.cl//que-es-cuentas-públicas-participativas> (acceso enero 2015).

⁵⁶² <http://participacionciudadana.segegob.cl/consultas-publicas-cerradas> (acceso enero 2015).

⁵⁶³ <http://participacionciudadana.segegob.cl/consultas-ciudadanas-virtuales/primera-consulta-ciudadana-sobre-la-discriminación-en-chile> (acceso enero de 2015).

*de planteamientos de la accountability pública debe contribuir a que las ONG refuercen ante los ciudadanos su papel en defensa de los intereses generales*⁵⁶⁴.

2.6.2 Transparencia para las ONG y mecanismos de Transparencia Internacional

Los estándares propuestos por el Capítulo chileno de Transparencia Internacional, se basaron en la medición del cumplimiento de información, disponibilidad, amigabilidad, oportunidad y accesibilidad y distinguiendo a quienes llegaba la información⁵⁶⁵, según esto, los estándares propuestos deben referirse a los siguientes elementos:

Misión; Objetivos; Valores; Plan de acción; Afiliaciones internacionales y nacionales; Convenios y contratos; Certificado de vigencia o Decreto; Organigrama; Nómina de planta profesional y administrativa; Nómina del Consejo Directivo; Nómina del Consejo Consultivo o Asesor; Nómina de socios cooperadores; Declaraciones institucionales, presentaciones y discursos; Estatutos; Legislación y normativa aplicable; Política de reclutamiento; Actas de sesiones del Consejo Directivo; Código de conducta; Canal interno para recibir denuncias; Reporte de rendición de cuentas financieras; Información que se envía al Ministerio de Justicia; Reporte financiero auditado; Declaración anual de impuestos; Reporte de proyectos y Actividades de lobby.

La transparencia para las organizaciones sin fines de lucro, según Guell⁵⁶⁶, puede separarse en dos tipos, instituyente, es decir, estándares que darían cuenta del espíritu de la organización (el ethos), o bien de gestión, que daría cuenta con las acciones y actividades que se desarrollan.

⁵⁶⁴ FERNÁNDEZ, José Antonio; en la Accountability Pública y Social de las ONG; Cheyre y otros Eds. Fortalecimiento Institucional Transparencia y Accountability para un Buen Gobierno, Orjikh Editores 2011, Op. cit. 492 pág. 71.

⁵⁶⁵ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 55.

⁵⁶⁶ Citado por MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 83.

Las primeras, dicen relación con información vinculada a los siguientes aspectos: misión, visión, objetivos, valores, directorio y administración, organigrama, certificado de vigencia, alianzas y relación con alguna entidad en su origen.

Los estándares del grupo relativo a la gestión, serían: áreas de acción, público objetivo, proyectos en desarrollo, fuentes de financiamiento, empresas donantes; uso de los recursos; rendición de fondos a entidades públicas y finalmente, memoria, balance y declaración de impuestos.

Respecto de estos estándares que fueron seleccionados por Chiletransparente, se realizó una evaluación sobre la base de transparencia activa, en los sitios web que resultó deficitario, con un 24,42% y esto terminó en la conclusión que *“implica que en la actualidad no existe una política de transparencia activa en los sitios web”*.

Lo más bajo en los resultados, fue la absoluta no disponibilidad de información relativa a las actividades de lobby, la declaración anual de impuestos y los códigos de conducta, y la bajísima disponibilidad de una nómina del consejo asesor o consultivo, así como que las actas del consejo se encontraran disponibles en la web. El citado informe de Chile transparente, finaliza con unas conclusiones muy reales y a la vez dramáticas, al afirmar que, los *“estándares peor evaluados corresponden a información de accountability en la gestión y la ética, vale decir, a la rendición de cuentas sobre cómo se toman las decisiones, cuáles son los motivos que las impulsan y cuáles son las consideraciones y criterios normativos, todo lo que se relaciona con gobierno corporativo”*⁵⁶⁷.

Por otro lado, existen algunas iniciativas gremiales e institucionales para mejorar los estándares de transparencia, como es el caso del código de buenas prácticas de la Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales ACCION⁵⁶⁸, la que reúne un importante número de entidades sin fines de lucro, que han acordado impulsar prácticas de transparencia y poner a disposición del público información tanto cualitativa como cuantitativa que facilite los controles externos de sus actividades y del financiamiento; que los estados financieros se adjunten a la memoria anual y por último, evitar que el origen de los financiamientos no afecten la independencia del cumplimiento de sus fines.

⁵⁶⁷ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 62.

⁵⁶⁸ <http://www.accionag.cl>.

Otro ejemplo de buenas iniciativas, es la Comunidad Organizaciones Solidarias⁵⁶⁹, la que ha fijado en un decálogo de transparencia y establecido un compromiso de hacer públicos determinados antecedentes mínimos, tanto de los integrantes, programas, montos, recursos empleados y de la memoria anual.

Aunque muchas de estas iniciativas relatadas son una buena tendencia, debemos admitir que, de nada sirven estas declaraciones y compromisos abiertos, si no existe un seguimiento y rendición ante una entidad o al menos ante los mismos pares que asumieron un compromiso. De graves consecuencias sería, que la acción del compromiso cubre a todos y les da una aparente imagen de seriedad y al final nadie sabe si existe acatamiento, con lo que no puede haber una sanción de rechazo de la comunidad ni de los donantes, si en verdad no existe un sello que garantice el cumplimiento, como por ejemplo, sería el sello que otorga la entidad Corporación Simón de Cirene, que reconoce por 3 años el cumplimiento de determinados estándares y un compromiso con las tareas que den continuidad a la transparencia de la gestión de la entidad.

Existen asimismo experiencias internacionales interesantes, como la asociación de organizaciones sin fines de lucro de California, la que realizó algunas recomendaciones en forma de principio o preguntas que sirven para la autoevaluación del siguiente tipo⁵⁷⁰:

- ¿se puede hablar entre los miembros directamente sobre la honestidad de la entidad?
- ¿ante quienes somos responsables?
- ¿se cumplen los resultados? ¿son congruentes con la misión establecida?
- ¿se cumple con la letra y espíritu de la ley?
- ¿se divulga solo lo que exige la ley o se puede hacer más?
- ¿se pueden identificar áreas más vulnerables y generar controles que protejan la imagen de la institución?
- ¿existen incentivos o barreras para que exista auto denuncia de malas prácticas?

⁵⁶⁹ <http://www.comunidad-org.cl/content/view/761730>

⁵⁷⁰ Documento de Trabajo N.º 3 Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales ChileTransparente 2008. Op. cit. 512 pág. 11-12

- ¿son los integrantes del directorio implacablemente independientes?
- ¿existe una instancia interna que revise las estrategias? ¿existen herramientas de evaluación interna de la entidad?

Concluye con la siguiente afirmación que da la clave del contexto en el cual debe desarrollarse este proceso “*La rendición de cuentas y la transparencia no es una actividad separada sino un reflejo constante de la organización*”.

4.14 Accountability en las ONG

Para David Bonbright, “*la rendición de cuentas es la manera de que el poder rinda cuentas, especialmente hacia aquellos más afectados por tal poder*”⁵⁷¹.

La primera obligación que debe cumplir el órgano de administración de una entidad sin fin de lucro, está entregada a su directorio, quien debe fiscalizar y administrar con la responsabilidad de la culpa leve, lo que supone un nivel de estándar de responsabilidad de nuestra legislación. El directorio debe estar integrado por al menos 3 miembros, aunque no existe una fiscalización en particular, respecto de las personas que desempeñan este rol, sí existe la obligación de inscribir a las personas que forman parte de los directorios en el Registro Nacional de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro⁵⁷², en el que se incluirán también los actos relativos a la composición de los órganos de dirección, así como la administración de las personas jurídicas que consten en dicho registro. La única limitante que existe, y que no parece ser desmedida, es la prohibición de participar en calidad de directores, para aquellos que hayan sido condenado a penas privativas de libertad superiores a 3 años y un día, lo que se denomina penas aflictivas, y son consideradas de mayor gravedad.

Los directorios, por obligación estatutaria deben rendir cuenta de su gestión a la asamblea, tanto respecto de las actividades, así como de la rendición de las cuentas

⁵⁷¹ CRUZ Anabel, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 50.

⁵⁷² Artículo 10 de la Ley N.º 20.500.

financieras y deben preparar una memoria explicativa de sus actividades y un balance que debe ser aprobado por la misma asamblea.

Respecto de las organizaciones de interés público, existe una obligación adicional, cuando ellas reciban dineros públicos, deben informar sobre la manera que se han utilizado estos fondos, ya sea en el sitio web o de otra forma, y realizar un balance contable, respecto del que debe darse publicidad⁵⁷³.

Algunos autores⁵⁷⁴, distinguen entre mecanismos que son considerados como herramientas (instrumentos o técnicas aplicados puntualmente) o mecanismos procesos (de carácter participativo o autorregulatorio). En general, en la mayoría de los casos, se restringe la rendición de cuentas a un informe financiero y no algo más integral, lo que desde luego no nos parece que sea suficiente, ya que restringe la mirada al control de un aspecto de a gestión.

Anthony Adair, nos recuerda que “[l]as ONG que tratan de hacer una virtud de poner de relieve los fracasos de gobiernos, empresas y otras instituciones, deben ser sometidos al mismo grado de control que todos los demás. Ellas también deben rendir cuentas de sus actos”⁵⁷⁵.

El *accountability*, por parte de múltiples actores para las ONGs, parece moverse en cuatro direcciones⁵⁷⁶: i) Gobierno y Donantes; ii) Beneficiarios iii) Internamente y, iv) otras ONG.

En un proceso de *accountability*, la ONG queda abierta responsablemente por lo que cree, lo que realiza o no realiza, de manera que demuestra que la participación de todas las partes interesadas y responde de forma activa a lo que aprende⁵⁷⁷. Dicho

⁵⁷³ Artículo 17 ley 20.500.

⁵⁷⁴ ALNOOR, Ebrahim citado por Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 100.

⁵⁷⁵ ADAIR Anthony, 1999 A code Of Conduct For NGOs- a Necessary Reform <http://www.iea.org.uk/publications/research/a-code-of-conduct-for-ngos-a-necessary-reform> (acceso 11 de junio de 2013) traducción.

⁵⁷⁶ LOYD, Robert, The Role NGO Self-Regulation in Increasing Steaksholders Accountability; pág. 3.

⁵⁷⁷ SLIM, Hugo, Senior Lecturer Oxford Brookes University; “By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations” 2002, International Council on Human Rights Policy.

proceso, no requiere ser idéntico para cada entidad, ya que puede variar según su estructura y sus capacidades, pero en todo caso, debe siempre contar altos estándares de transparencia.

La rendición de cuentas, supone la existencia de directivos y de un personal responsable y que aquellos que tienen responsabilidad en la toma de decisiones, puedan mejorar el cumplimiento de los objetivos de la ONG y la gestión de los recursos, tanto humanos, como financieros⁵⁷⁸.

El proceso de transparencia y de *accountability* de una institución, debe ser un proceso que va del todo a las partes, de las partes al todo y entre ellas, con la mayor participación posible de los integrantes, los beneficiarios, los donantes, etc.

Debemos entender que la buena gobernanza, ya no es privativa de los gobiernos, ahora involucra a los contribuyentes y grupos de interés de variados orígenes. Los individuos, de manera creciente, se ven involucrados en los procesos de toma de decisiones, ello en paralelo al déficit democrático a nivel nacional y global y de la pérdida o cuestionamiento de legitimidad de diversas instituciones⁵⁷⁹.

4.14.1 Obstáculos a la rendición de cuentas⁵⁸⁰

Chile Transparente ha identificado, lo que podrían ser designados como los obstáculos que servirán de impedimentos para una adecuado estándar y, si se asumen las tareas adecuadas para resolverlos, debería irse avanzando en mejorar los niveles de confianza y el *accountability* para estas entidades de la sociedad civil. Los principales obstáculos identificados, son los siguientes:

- factores culturales: no existiría una cultura de la transparencia, no hay una exigencia de pedir que se les rinda cuentas;

⁵⁷⁸ The Concept of Accountability: Implications for NGOs Hari Srinivas; www.gdrc.org/ngo/accountability/accountability.html (acceso 10 abril de 2011) Accountability for an NGO essentially means empowered and responsible staff and managers who have more authority and responsibility for decision-making, can improve delivery of the NGO's aims and objectives and can improve management of human and financial resources. (traducción propia).

⁵⁷⁹ NAIDOO, Kumi, CIVICUS: World Alliance for Citizen Participation Civil Society Accountability: 'Who Guards the Guardians?' (abril 2003) pág. 2.

⁵⁸⁰ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 45.

- factores económicos: los costos de rendición no son incluidos en los presupuestos y la prioridad en la mayoría de los casos es sobrevivir, ante la carencia de fondos;

- factores internos: para los miembros no sería un tema importante y hay temor a exponerse;

- factor normativo: los actuales mecanismos de incentivos impositivos para las donaciones privadas, no serían suficientes en la legislación chilena y existe excesiva rigidez en los requerimientos de rendición de cuentas por el gobierno.

Aunque las organizaciones del tercer sector, han considerado aceptable, en parte, ser sujetos de rendición de cuentas para ciertas relaciones: los donantes, el gobierno y su directorio, sin embargo, aún son reticentes a serlo, tanto respecto de sus beneficiarios y otros grupos de interés.

La rendición de cuentas debe ampliarse a todo aquel que pueda verse afectado y por cualquier causa, por la gestión o sus políticas. De ese modo, la rendición de cuentas, deja de ser una perspectiva meramente disciplinaria hacia un poder de transformación⁵⁸¹ y termina volviéndose un círculo virtuoso, que provee de *feedback*, y que, al mismo tiempo, potencia su cambio social.

Para un adecuado mecanismo de *accountability*, se debe tener presente que⁵⁸² se trata de un sector muy heterogéneo; y por ello, se debe considerar además de criterios generales, las circunstancias locales de cada país y sus diferencias ideológicas, tendencias y formas de socialización distintas; evitando que se transforme en un mecanismo de control encubierto, que prive de la autonomía y la independencia de los gobiernos centrales, lo que en definitiva, es el principal temor de estas entidades.

Uno de los temores más reiterados por el tercer sector es que se pueden generar barreras u obstáculos para las pequeñas o medianas entidades, que no pueden asumir los costos de mantener equipos o subcontratar entidades revisoras, generándose una virtual “casta” de ONGs, ya que *“suele afirmarse que las organizaciones más grandes y poderosas son las que se encuentran en mejores condiciones para satisfacer los requisitos de*

⁵⁸¹ YOUNG, DR (2000). Alternative Models of Government-Nonprofit Sector Relations: Theoretical and

International Perspectives. *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly*, 29 (1): 149-172.

⁵⁸² Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Op. cit. 439 pág. 29.

*la certificación, que a su vez les otorga el capital simbólico que probablemente les permitirá maximizar*⁵⁸³.

Se han identificado distintas tensiones que han planteado por los propios miembros del tercer sector, esto fue recogido en un seminario desarrollado en Montevideo⁵⁸⁴:

Principales tensiones:

- ¿quién diseñará las herramientas?,
- ¿quién les conferirá legitimidad?,
- ¿quién las manejará?,
- ¿quién las financiará?, y
- ¿quién regulará su aplicación y garantizará su rectitud y su imparcialidad?

Como se puede observar, el deseo de dar mayores certezas a la propia entidad y a la sociedad en general y sus beneficiarios, comienza con la barrera de las propias inseguridades internas y el temor del control, de erradas interpretaciones y de incluso, las posibilidades de manipulaciones por algunos grupos de presión.

4.14.2 Encuesta realizada por Chile Transparente

El Capítulo chileno de Transparencia Internacional, realizó un interesante estudio mediante encuestas, que se efectuó a los propios integrantes de las organizaciones sin fines de lucro y que incluyó a sus beneficiarios. En esta encuesta, se identificaron percepciones respecto de las fortalezas y debilidades del sistema de rendición de cuentas y la actual normativa que las rige⁵⁸⁵.

Como puede esperarse, uno de los reclamos más comunes, fue la ausencia de fondos permanentes que aseguren la sustentabilidad y continuidad de los proyectos y de las instituciones, y que a falta de esos fondos, deben desviar mucho tiempo y

⁵⁸³ Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Op. cit. 439 pág. 120.

⁵⁸⁴ Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil” Op. cit. 439 pág. 125.

⁵⁸⁵ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497.

recursos humanos en la actividad de levantamiento de aportes. Asimismo, se plantea la preocupación de las organizaciones sin fines de lucro, respecto de las asignaciones discrecionales originadas desde entidades públicas, las que tienen preferencias que no siempre están fundadas en aspectos técnicos y objetivos.

Aunque es comprensible este reclamo, parece al mismo tiempo una contradicción en sí misma, ya que, si el Estado asegurase un flujo de dinero más o menos constante para dar continuidad a las entidades sin fines de lucro, lo que sucedería en definitiva, es que dejarían de ser entidades no gubernamentales y, esto no sólo forma parte de su nombre, sino que constituye un aspecto muy relevante y esencial para la necesaria independencia y distancia con los gobiernos de turno y la separación del organigrama y de sus decisiones, de las ideologías político partidistas, de las autoridades que tienen un mandato, las reglamentaciones y controles, que son muy diferentes.

Hasta ahora, la dificultad de encontrar recursos, se enfoca en un esquema basado en la competencia con otras entidades que defienden otros objetivos, muchas veces muy necesarios y loables, pero siendo los recursos escasos, no es fácil que haya suficiente para todos y, por lo tanto, deben competir entre ellas.

Algunas fundaciones y corporaciones son de gran tamaño y cuentan con redes internacionales y también existen fundaciones que se han creado dentro del organigrama de empresas productivas que buscan desarrollar actividades en la lógica del marketing o de la Responsabilidad Social Empresarial, que como se ha criticado, muchas veces obedece a estrategias de limpieza de imagen.

Principales aspectos que deben ser mejorados, de acuerdo con la perspectiva de los entrevistados⁵⁸⁶:

- mejor integración de las entidades sin fines de lucro, y que abarque aspectos adicionales;
- definir explícitamente cómo actúa el Ministerio de Justicia, especialmente, en cuanto a rendición de cuentas, ya que no existiría certeza jurídica;
- respecto de la ley Asociaciones y Participación, se espera que las municipalidades cuenten con el personal y los recursos necesarios y que, quienes participen en los Concejos Municipales sean verdaderamente representativas;

⁵⁸⁶ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 32

- mejor implementación de la Ley N.º 19.862 para que se cumplan sus objetivos. Aunque el registro debe ser público, contiene barreras de entrada, se exigen datos personales y la información de los montos y aportes no muestra la manera en que se gastaron los recursos;

- se plantean dudas en cuanto a los controles efectuados sobre las nuevas organizaciones, fondos, intereses e integrantes, ya que el sistema anterior entregaba mayores certezas;

- mayor apoyo a través de políticas de capacitación y asesoría en transparencia y rendición de cuentas para facilitar su implementación, en especial respecto de las entidades más pequeñas. En la asignación de fondos públicos debería incluirse una partida presupuestaria para cumplir este propósito, especialmente tratándose de las de menor tamaño;

- facilitar la rendiciones de cuentas por vía electrónica, más expedita y simple, para hacerlas públicas mediante un sitio web.

Los directorios, como se ha dicho, son la primera instancia que debe velar, además de la buena administración, por que se mantengan adecuados niveles de rendición de cuentas y de transparencia. En un informe preparado por Chile Transparente y la Fundación Avina, se elaboraron recomendaciones de buenas prácticas⁵⁸⁷, en este informe se pueden observar algunos principios para tener en consideración para lograr un buen directorio, lo que constituye un punto de referencia, que hasta ahora era demasiado genérico y ambiguo.

El directorio para un buen gobierno debe ser:

- debe tener una estructura formal;
- se incluye la separación e independencia ante la dirección ejecutiva y la asamblea de socios o fundador;
- debe conocer y asegurar el cumplimiento de la legislación;
- promueve los más altos estándares profesionales y éticos;
- vela porque las actividades y proyectos sean coherentes con la misión de la institución;

⁵⁸⁷ Guía de Buenas Prácticas para Directores de Organizaciones sin Fines de Lucro, Chile Transparente, Marzo 2010.

- promueve la transparencia y la rendición de cuentas;
- cuenta con una integración cuya composición, tamaño y compromiso le permitan cumplir sus tareas;
- evalúa el desempeño del directorio y su director ejecutivo;
- cuenta con una estrategia para reclutar. Nuevos miembros para el directorio;
- vela por la integridad financiera de la institución.

En cada caso, el informe realiza recomendaciones respecto de las buenas prácticas, haciendo la distinción entre prácticas básicas, intermedias y avanzadas, con la sugerencia de acciones concretas para ser implementadas, para el proceso de mejora continua.

En relación con la recomendación de contar con buenas prácticas de transparencia (número 6 en el informe), se señala que, *“es importante que estas organizaciones cumplan con los más altos niveles de transparencia y rendición de cuentas”*, sin embargo, esta expresión nos remite al infinito, lo que no nos parece que sirva como guía, ya que aunque el empleo de un objetivo superlativo es lo deseable, no permite conformarse como una orientación adecuada, ya que no entrega pautas.

A continuación, el informe no indica que los beneficios esperados, *“a través de estos actos de transparencia, las organizaciones sin fines de lucro expresan su compromiso con los valores democráticos, la probidad y contribuyen a fortalecer la sociedad civil”⁵⁸⁸*. No compartimos el hecho de restringir los beneficios de las buenas prácticas únicamente a una mirada global de la sociedad como un todo, que termina diluyendo para los integrantes de la organización, los reales beneficios que, en realidad son mucho más directos y concretos para la organización y sus *stakeholders* o grupos de interés, los trabajadores, los beneficiarios, los donantes. La entidad será mejor, cumplirá mejor sus objetivos, tendrá sustentabilidad en el tiempo y podrá distinguirse de otras entidades que o no cumplan altos estándares o, simplemente, no cuentan con buenas prácticas.

En cuanto a las buenas prácticas concretas sugeridas, el informe que estamos comentando, nos señala lo siguiente:

- básica: debe darse cumplimiento con el requerimiento legal de elaborar una

⁵⁸⁸ Guía de Buenas Prácticas para Directores de Organizaciones sin Fines de Lucro, Chile Transparente, Marzo 2010 Op. cit. 592 pág. 17

memoria anual de actividades, la que debe estar disponible para la consulta y abierta a terceros. Y además, se indican algunos contenidos mínimos y que se debe incluir en esta memoria algunos aspectos relevantes: misión de la organización, nombre de los miembros del directorio, dirección ejecutiva y equipo profesionales, proyectos y actividades desarrollados durante el año, ingresos, gastos y fuentes de financiamiento;

- intermedia: se sugiere mejorar el estándar anterior, incorporando la recomendación del Consejo para la Transparencia, en el sentido de subir a las páginas web la información que es requerida para otro tipo de entidades, ya que las organizaciones sin fines de lucro, hasta ahora, no están obligadas por la ley de acceso. Se trata de información muy similar a la indicada en el estándar básico, pero en este caso, se propone de darle publicidad abierta. Lo que nos parece más interesante, es el hecho de someterse a exigencias similares de entidades que están sujetas a la ley de transparencia, cosa que creemos que, por el contrario, debería ser obligatoria para todas aquellas entidades que reciben fondos públicos, sin distinción de los montos; y

- avanzada: se recomienda adherir a los estándares que promueve Chile Transparente y asumir un compromiso expreso con estos estándares.

A finales del año 2009, la Fundación Avina⁵⁸⁹ lanzó un programa de capacitación llamado “*Transparentemos, un aprendizaje para las organizaciones sociales*”. Por medio de este programa, se buscaba promover el fortalecimiento de la sociedad civil, mediante la adopción e implementación de comportamientos de transparencia activa y rendición de cuentas. Este proceso incluía la realización de un curso virtual, una herramienta de autoevaluación y un manual, desarrollado en conjunto con Chile Transparente. Existen otras iniciativas similares en otros países en los cuales se entrega apoyo y conocimiento para que las entidades sin fines de lucro, puedan incorporar procesos de mejores prácticas, como es el caso del centro virtual para la transparencia y la rendición de cuentas de la sociedad civil⁵⁹⁰, que incluye foro y blogs de expertos, marcos normativos, boletines y otros informes, esta iniciativa fue apoyada por el BID.

La alternativa a las iniciativas de autorregulación y de certificación o control de los pares, es la tendencia a un mayor control estatal, el cual desde luego, no puede desaparecer del todo, aunque ciertamente, es deseable no caer en una excesiva regulación, por lo que debe buscarse un punto de justo equilibrio entre regulación e

⁵⁸⁹ <http://www.avina.net/esp/transparentemos/> (acceso 22 de enero 2015).

⁵⁹⁰ <http://rendircuentas.org/> (acceso 29 de enero de 2015).

independencia, ya que “[...] *los gobiernos han intentado establecer órganos regulatorios para controlar el sector de las ONG, en general, el control resulta extremadamente difícil, incluso para la oficina gubernamental que funcione adecuadamente. No sugerimos que los gobiernos no tenga el derecho a (o que resulte inapropiado) contar con capacidad interna para llevar adelante sus relacionamientos con la comunidad de las ONG [...]*”⁵⁹¹.

Se cuestiona, en todo caso, que el Estado tenga la capacidad o que sea algo deseable, se trata como se ha señalado, de la búsqueda de un equilibrio, tanta regulación como sea necesaria y tanta desregulación, como sea posible.

Si los procesos de mejora del *accountability* y de transparencia, terminan generando nuevas barreras para las entidades de menor tamaño, será posiblemente un problema de monopsonios, en que sólo determinadas estructuras e ideas, aquellas que cuenten con los financiamientos internacionales o que cuenten con la complacencia y apoyo estatal, podrán sobrevivir. Esto termina afectando el propósito mismo, que es que la sociedad civil se organice en base de intereses y problemáticas que los unan y que les permita generar denuncias, propuestas y soluciones.

4.14.3 Algunos mecanismos para un *accountability*⁵⁹²

Para que exista un adecuado proceso rendición de cuentas, es muy relevante tener bien identificados a todos los grupos de interés, esto debe incluir una mirada comprehensiva de todos los vínculos directos e indirectos que puede tener una entidad, lo que ha implicado una evolución desde una mirada restrictiva que consideraba que solo eran relevantes las personas directamente relacionadas con la actividad de una ONG y, para ello, se pueden considerar algunos de los criterios elaborados por entidades comparadas, como nos muestra Chile Transparente⁵⁹³.

- rendición de cuentas hacia arriba, para los donantes públicos y privados;

⁵⁹¹ Kumi Naidoo, ¿El fin de la fe ciega? La sociedad civil y los desafíos de la rendición de cuentas, la legitimidad y la transparencia en Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 20-21.

⁵⁹² NAIDOO Kumi, CIVICUS: World Alliance for Citizen Participation Civil Society Accountability: ‘Who Guards the Guardians?’ (abril 2003) pág. 3.

⁵⁹³ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497. pág. 17-18.

- rendición de cuentas hacia abajo, a los beneficiarios y la ciudadanía. Parece conveniente separar a los beneficiarios y a la sociedad en general, como entes de intereses diferenciados;

- rendición de cuentas hacia los pares, se trata de una mirada tanto a los pares, como a otras entidades similares. Este tipo de rendición, también se denomina rendición horizontal y permite que sean “[...] *evaluados en forma precisa e imparcial por los beneficiarios utilizando puntos de referencia para medir los niveles de apertura de las organizaciones sobre asuntos tales como la claridad de contenidos y enfoques programáticos, de dónde se obtienen los recursos, quién los proporciona y cómo se gastan*”⁵⁹⁴ y también en las audiencias públicas; y

- rendición de cuentas hacia la interna, a los pares, los integrantes del equipo de trabajo.

Autorregulación (códigos voluntarios éticos), estos códigos permiten que el propio tercer sector, se involucre de manera activa en establecer estándares, que les permitan mejorar en la percepción de la sociedad, en particular, respecto de sus buenas prácticas. Es importante que se establezca un mecanismo de certificación, ya que hasta ahora, carece de obligatoriedad.

Parece necesario, destacar que los códigos de conducta, sólo pueden ser un punto de partida en la mayor rendición y transparencia que deben cumplir las ONG. Los códigos deben implicar una instancia de mejora para el debate y la reflexión sobre la mejor manera de volver operativo los objetivos que se han fijado las entidades, para un correcto desempeño y cumplimiento de sus fines.

Para que exista un verdadero cumplimiento de los códigos de conducta, parece recomendable que debe apoyarse a las entidades en su autorregulación, mediante la asignación de recursos que les faciliten el logro de estos objetivos.

Es conveniente, facilitar el flujo de información y hacerla disponible en la página web para toda la estructura, directorio y las declaraciones de intereses con otras entidades; el sistema de toma de decisiones significativas; sesiones relevantes de los directorios; la política de remuneraciones y el financiamiento; las entidades así como

⁵⁹⁴ NAIDOO Kumi, ¿El fin de la fe ciega? La sociedad civil y los desafíos de la rendición de cuentas, la legitimidad y la transparencia en Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 p. 26.

las personas que provean de los recursos; los contratos más importantes; los asesores externos, consultores, balances, así como las asambleas más relevantes. Es muy importante en este sentido, que las exigencias de transparencia, no deben limitarse a flujos de información unilaterales (Transparencia Activa), sino que deben permitir que los grupos de interés puedan requerir, adicionalmente, información que consideren importante y que les permitan estar adecuadamente informados de la gestión y funcionamiento de la institución (Transparencia Pasiva).

Existen iniciativas internacionales como, *Ensuring Nonprofit Integrity Initiative*, que lanzó en el año 2006, la asociación de organizaciones sin fines de lucro de California en EEUU, esta organización promueve la “*mayor responsabilidad y eficacia del sector sin fines de lucro*”⁵⁹⁵, y que asimiló una serie de principios que no fueron desarrollados inicialmente para este sector, como es el caso de la Ley Sarbanes-Oxley. Es interesante en este sentido, observar al sector sin fines de lucro de manera diferente, ya no debe pensarse que, por tratarse de una labor que no busca repartir dividendos entre sus integrantes, no debe por ello, carecer de los máximos niveles de rigor, exigencia y de competitividad. De hecho, dada la gran cantidad de instituciones existentes, se anticipa una enorme competencia por la captación de los fondos, como también por ser más reconocidos en una determinada causa o labor social. Pero ello, no debe hacernos entender los esfuerzos aunque loables, como exentos de la mayor exigencia, no nos parece que dará larga vida a muchas entidades, en especial, cuando escasean los fondos y abundan los oferentes de servicios similares.

En este sentido, es deseable que, como punto de partida, se incorporen los estándares más exigentes del sector privado y sobre dichos estándares, se deben hacer los ajustes congruentes con la naturaleza de la entidad y sus grupos de interés. Es con este propósito que, entidades como Chile Transparente, ha desarrollado buenas prácticas para los gobiernos corporativos y de sus directorios, los que ayudan a ser más eficaces y eficientes, en pro de los fines perseguidos.

Algunas de las pautas recomendadas en la Guía de Transparencia del One World Trust⁵⁹⁶:

- diseño de una política de transparencia en conjunto con los grupos de interés;

⁵⁹⁵ Transparencia de Organizaciones no Gubernamentales Documento de Trabajo N.º 3 Abril, Transparencia Internacional 2008 Op. cit. 512, pág. 5.

⁵⁹⁶ One World Trust Transparency Guidelines, 19 de septiembre de 2005.

- la política de la entidad, debe hacerse pública, señalando los aspectos que tengan niveles de reserva o de confidencialidad;

- la política describe en detalle el proceso de liberación de la información (cómo se solicita, plazos, cómo se tomará la decisión y se entregará la respuesta y los costos, si los hubiere);

- designación de una persona responsable (director) y personas que trabajarán en ello;

- sistema de sanciones e incentivos;

- evaluación periódica de seguimiento de la política de transparencia;

- un proceso de reclamo ante el rechazo de una solicitud;

- capacitación y financiamiento para un proceso adecuado; y

- deben existir trámites simples e indicados en la web con detalles de contacto claro.

La autorregulación, poco a poco ha ido ganando adeptos y, aunque está presente en muchos de los países, no existe una única perspectiva que logre idénticos niveles de éxito. Su mayor debilidad⁵⁹⁷ radica en que no está sujeta a un requerimiento por una autoridad externa y, que muchas veces, nace desde la propia inquietud de las entidades que se juntan y comparten experiencias y establecen buenas prácticas y códigos éticos. Sin embargo, hasta ahora no hay estudios adecuados sobre su nivel de éxito y no están aceptadas como una práctica habitual.

Categorías de autorregulación de One World Trust⁵⁹⁸:

- códigos de ética y de conducta; principios básicos que orientan las conductas;

- esquemas de certificación; por los pares o una tercera entidad;

- servicios de Información; fortalece la transparencia del sector;

- grupos de Trabajo; para discutir, compartir y definir las mejores prácticas; y

⁵⁹⁷ WARREN, Shana y LOYD, Robert; Civil Society Self-Regulation The Global Picture; Briefing Paper N.º 119, Junio de 2009. One World Trust. pág. 2.

⁵⁹⁸ WARREN Shana y LOYD Robert; Civil Society Self-Regulation The Global Picture; Op., cit. 602. pág. 5-6.

- esquemas de premiación; puede ser por los pares, un tercero o un paraguas para identificar, destacar y premiar las mejores prácticas.

De todas las opciones que se indican en la autorregulación, la que ha demostrado mayor fortaleza, es la certificación por un tercero, ya que permite mayor independencia y asegura una aceptación del medio.

- directorios, conformados por personas externas con criterios transparentes y predeterminados, en calidad de guardianes de los integrantes de la organización;

- estándares para reportes públicos y liberación de información (reportes anuales, evaluaciones, planes estratégicos, canales de comunicaciones regulares);

- mecanismos de participación y consulta, en los procesos de planificación y evaluación.

Hay, por su parte, dos métodos fundamentales para la rendición de cuentas:

- directorio, análogo al de las compañías abiertas, y

- reporte de los servicios o actividades.

Hay que advertir, en todo caso, que ambos tienen imperfecciones y requieren de un proceso de seguimiento y monitoreo, de manera que se evite que se desvíen recursos excesivos, los que tienen un alto costo de oportunidad.

En efecto, Transparencia Internacional señala que “[p]ara lograr el objetivo de rendición de cuentas y transparencia, el público debe tener acceso a una información veraz, clara, oportuna, y adecuada sobre los programas, las actividades y las finanzas de la organización”⁵⁹⁹.

Con el objetivo de verificar el cumplimiento de objetivos de una entidad y la capacidad real de lograr los objetivos planteados, debe orientarse a los grupos de interés, entre los cuales, no sólo está la propia entidad, sino que además, se debe incluir a la comunidad en general, sí como otros grupos determinados y que se vinculen con la actividad y desempeño de la entidad.

Las organizaciones humanitarias ya intentaron responder a las demandas de mayores niveles de control, y se plantearon para ello, algunos mecanismos tales

⁵⁹⁹ Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales, Chile Transparente, Op. cit. 512 pág. 5.

como⁶⁰⁰: Códigos de Conducta (Carta Humanitaria y estándares técnicos); una propuesta denominada *Humanitarian Accountability Project*; nuevos énfasis en la calidad y transparencia de las evaluaciones; una red de aprendizaje que compartía lo aprendido por las operaciones humanitarias, todo ello, en conjunto con iniciativas para explorar modelos de calidad y de acreditación profesional.

La práctica de auditorías sociales, se generaron a partir de los años 80, y las ONG adoptaron planes estratégicos, el análisis del marco lógico que les permitió establecer objetivos específicos, a través de la organización y la rendición de cuenta de ellos. Sin embargo, los sistemas contables, han probado ser muy complejos para hacer un seguimiento de materias significativas, tales como: resultados, impacto y atribución, todo ello, sumado a que puede incluso afectarse su desempeño y los resultados y generar además cambios inesperados de sus políticas. Algunas entidades del tercer sector de ayuda, han tratado de implementar estándares para los casos de desastres, como el “*SPHERE humanitarian standards*”⁶⁰¹.

Es muy relevante que los controles de estándares de calidad, deben ser firmes, aunque a la vez sean livianos⁶⁰², evitando en todo caso, burocracias innecesarias y costosas, que terminen anulando la positiva gestión de las ONG. Desgraciadamente, hasta ahora, las propuestas bien intencionadas que se han generado, como la implementación de un tipo de Ombudsman, no han sido, hasta ahora, eficaces. Existen, algunos temores que profundizar la contabilidad y la rendición de cuentas de la gestión, en cuanto a que puede ser una burocracia excesiva, que al adoptar estándares equivalentes al sector privado, se produciría un efecto que sería negativo y afectaría la relación con los beneficiarios, cuya rendición se requiere.

Para el mejor éxito de un proceso de *accountability*, éste debe ser inclusivo, incorporando a los integrantes de la entidad, a la comunidad, pero no sólo se trata de hacer accesible la información, sino que implica promover su conocimiento y su comprensión integral. Las ONG parecen no contar con los incentivos adecuados y no haber incorporado sinceramente la necesidad y los beneficios de que la comunidad

⁶⁰⁰ SLIM, Hugo Senior Lecturer Oxford Brookes University; “By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations” 2002, International Council on Human Rights Policy Op. cit. 582.

⁶⁰¹ <http://www.sphereproject.org/> (acceso 10 abril de 2011).

⁶⁰² Michael Edwards, *NGO Rights and Responsibilities: A New Deal for Global Governance*, London: Foreign Policy Centre, 2000, pág. 30.

entienda y valore sus aportes concretos. Al mismo tiempo, si los ciudadanos no exigen la información necesaria que valide la credibilidad de la labor de las ONG, si no la entienden o la cuestionan, salvo cuando exista algún escándalo en la prensa, estaremos ante un proceso pasivo, reactivo y no proactivo y que genere las confianzas e integre a los beneficiarios, y al mismo tiempo, a los vecinos, a los empresarios y también, a las autoridades locales.

Chile Transparente⁶⁰³, por su parte, ha identificado cuatro tipos de variables existentes en el proceso de rendición de cuentas, los que nos pueden ser de gran utilidad para nuestro análisis:

- rendición de cuentas limitada, esto es orientada a una audiencia restringida y, generalmente, dirigida a un aspecto específico y, en función de dicha audiencia concreta que lo requiere, como sería el caso de los informes financieros destinados a los donantes. Este proceso de rendición de cuentas es muy restringido, y servirá únicamente para ese propósito puntual;

- rendición de cuentas integral, este proceso, a diferencia del anterior, implica una visión ampliada de los grupos de interés y, al mismo tiempo, abarca muchos otros aspectos relevantes en la información que entrega y no se restringe a una única audiencia;

- fiscalización, en un proceso de rendición de cuentas, se trata del cumplimiento de las obligaciones legales o reglamentarias establecidas, bien sea por la autoridad o por los propios donantes, por ello no es un proceso voluntario y puede implicar posibles sanciones ante su incumplimiento;

- autorregulación, tiene un objetivo mucho más amplio que los que hemos descrito, y trasciende la exigencia de una obligación preestablecida, se trata en cambio, de incluir en el ethos de la institución, una práctica de entregar mayor información como una opción y una decisión, aunque exista o no la exigencia de hacerlo.

4.15 ¿Se trata de un tema de legitimidad para las ONG?

La posición particular en que una organización está imbuida y es percibida, en un momento dado, que le permite funcionar con el consentimiento general de los

⁶⁰³ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497. pág. 22.

ciudadanos, los gobiernos, las empresas y los grupos no estatales, en todo el mundo. Slim⁶⁰⁴, la entiende como parte de la legitimidad, no es por ello, solo una exigencia legal, sino que también es una obligación moral y que incide en diversos aspectos muy significativos, tales como su credibilidad, reputación, confianza e integridad, todos ellos, son fundamentales para la legitimidad de una organización.

El control más transversal que existe en Chile para las ONG, se realiza a través de los impuestos⁶⁰⁵, aunque se han incluido en algunos países como EEUU, declaraciones de conflictos de intereses, lo más utilizado hasta ahora, es la rendición de las cuentas financieras a través de los balances, los que deben ser enviados al ente fiscalizador (hasta ahora era el Departamento de Persona Jurídica del Ministerio de Justicia), sin embargo, este proceso falto de revisión del fondo, claramente es insuficiente, ya que aunque pudiera sorprender, no se realiza una revisión de su contenido.

Existen ejemplos destacados con mejores prácticas, que merece la pena mencionar, por ejemplo entidades con matrices en el extranjero, como Chile Transparente, que deben efectuar sus rendiciones de manera mucho más rigurosa y se someten a su sede en Alemania. En tal caso, este proceso se acredita cada 3 años ante su matriz, para lo cual, les exige realizar una auditoria externa anual y se revisan los resultados de su gestión.

Existen, asimismo, certificaciones de entidades independientes como el Better Business Bureau Wise Giving Alliance⁶⁰⁶, para el cumplimiento de los estándares de responsabilidad o la iniciativa de la Corporación Simón de Cirene con el “Sello de Calidad SDC”, su calidad y reconocimiento dependen mucho de la imparcialidad y prestigio de la entidad que emite el certificado. También existen índices comparativos, que permiten realizar *rankings*⁶⁰⁷ o bien, el American Institute of Philanthropy, que ha desarrollado un índice anual.

La importancia de incluir procesos adecuados, independientes y eficaces de

⁶⁰⁴ the particular status with which an organisation is imbued and perceived at any given time that enables it to operate with the general consent of peoples, governments, companies and non-state groups around the world’ Hugo Slim Senior Lecturer Oxford Brookes University; “By What Authority? The Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations” Op. cit. 582

⁶⁰⁵ Transparencia de Organizaciones No Gubernamentales Op. cit. 512, pág. 5.

⁶⁰⁶ <http://www.bbb.org/us/Wise-Giving/> (acceso 10 abril de 2011).

⁶⁰⁷ www.charitywatch.org (acceso 10 abril de 2011).

rendición de cuentas y de proveer buenos estándares de transparencia activa y pasiva es algo mucho más esencial de lo que hasta ahora se ha percibido, a que “[...] *la credibilidad y la legitimidad se suman, en ocasiones, los bienes de la “confianza” (tanto entre los miembros de la organización como de las demás organizaciones y de la sociedad en general hacia la organización en cuestión), el “respeto”, la “buena imagen” y la “sensación de tranquilidad”, que permite sostener la organización y dirigirla hacia sus fines*”⁶⁰⁸.

Entender la transparencia como algo incorporado a los procesos y en que “[l]a información y el acceso a la información son sin duda las bases fundamentales de todo sistema de transparencia, de toda rendición de cuentas clara y efectiva y, en definitiva, de toda sociedad democrática.”⁶⁰⁹

4.16 Declaración de París sobre la eficiencia de la Ayuda al Desarrollo

En febrero de 2005, se realizó una declaración de efectividad de la ayuda de la sociedad civil, fijándose ciertas pautas:

- preocupación respecto de la manera que se desarrolla el desembolso, se perpetúan políticas y estructuras de ayudas inadecuadas,
- falta de voz y de un rol claro frente a los gobiernos sujetos a un *accountability*,
- e
- indicadores de efectividad muy vagos para medir los resultados de las políticas.

La Declaración de París muestra una preocupación por hacer más riguroso el control para los donantes (N.º 24), pero no tanto, respecto de los beneficiarios de dichos dineros, lo que revela una perspectiva restringida y, no del todo, desinteresada. Con ello, no se observa una preocupación adecuada por una mayor transparencia y la efectividad transversal de las ONG.

La desconfianza hacia el Estado, como un financiador relevante o bien, como regulador existe permanentemente en las ONG, tal vez, ello se deba porque el propio origen de estas entidades venga de una carencia del rol estatal o, porque en algunos países ha sido el mismo Estado, quien ha generado graves abusos, distorsiones,

⁶⁰⁸ Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 64.

⁶⁰⁹ Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 105.

manipulaciones o, derechamente, corrupción. En efecto, “[D]onde el Estado actúa como donante, pues, las principales objeciones se refieren a la falta de claridad, la inestabilidad y la fragmentación de las reglamentaciones; al carácter meramente contable de los requisitos que impone; y a la insuficiencia de los controles que instituye y a su despreocupación e ineficacia para aplicarlos”⁶¹⁰.

Sea que consideremos como real o no, la justificación de este temor, debe buscarse un ajuste, que no termine implicando una opción binaria, sino que a la vez, acoja las inquietudes y ofrezca también las garantías adecuadas para el funcionamiento de las organizaciones del Tercer Sector.

4.17 Estado de avance de la transparencia en Chile en el Tercer Sector

La razón de los bajos niveles de transparencia de las organizaciones sin fines de lucro que se observan hasta nuestros días, se pueden encontrar en aspectos culturales de la sociedad chilena, fundamentalmente, por desconocimiento y por temor a mostrar, a dar a conocer la competencia determinados aspectos que se consideren relevantes. Esto ha quedado patente en los bajos niveles que se obtuvieron en la evaluación de Chile Transparente, donde sólo un 12,75% de las instituciones encuestadas, alcanzaba un nivel adecuado de transparencia y de rendición de cuentas, lo que nos lleva solo a preocuparnos por esta mala evaluación. Desde luego, que las entidades sin fines de lucro, que se encuentran obligatoriamente sometidas al cumplimiento de revisiones ante sus matrices internacionales, se encuentran mucho mejor evaluadas, pero esto, no debería ser un consuelo, ello debido a que, lamentablemente, representan un bajo número, ya que “[l]a transparencia no es un concepto, sino en cambio, un término en disputa [...] transparencia es, ante todo, relación de poder. Tanto quien la ejerce como quien la reclama precisan tener conciencia sobre su papel como sujetos políticos [...]”⁶¹¹ y es esta la mirada de tendencia que debemos abrazar.

La reforma del sistema de creación y de otorgar un sistema que diera mayor fluidez y entrega facilidades a la creación de fundaciones y corporaciones, que

⁶¹⁰ Anabel CRUZ, Inés M. POUSADELA / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 145.

⁶¹¹ Citado en Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008. Op. cit. 439 pág. 60.

trasladara el sistema registral del Ministerio de Justicia al Registro Civil y le asignara un rol a las Municipalidades, con un depósito de los estatutos y la incorporación a un registro nacional y público de personas jurídicas sin fines de lucro, a cargo del Servicio de Registro Civil, la editorial del diario El Mercurio llama a aprovechar esta mejora normativa sumada a las innovaciones tecnológicas *“los medios electrónicos abren hoy una vía fácil a la transparencia: toda fundación o similar tiene una página web, y bastaría que una simple norma legal las obligase a publicar permanentemente en ella su contabilidad al día, debidamente auditada. Eso no excluye la posibilidad de conductas fraudulentas, pero las expondría a sano escrutinio constante de toda la ciudadanía”*⁶¹².

Evitando, de esta manera, que los escándalos que han surgido terminen afectando el prestigio y la labor relevante que han desarrollado hasta ahora, en beneficio de toda la sociedad. Ante esta editorial apareció una carta que hizo eco del llamado de atención, que reveló una iniciativa que se llama *“Comunidad Organizaciones Solidarias (COS) es la mayor red de la sociedad civil en Chile y reúne a más de 140 organizaciones que trabajan en la superación de la pobreza”*⁶¹³, esta iniciativa incluye una práctica que se denomina Transparencia FECU Social, que contiene una herramienta estandarizada de memoria y balance que avanzaría en la línea que permite generar mayores confianzas, esta si bien es loable, parece ser un buen reflejo de que se trata de un grupo muy reducido y que debe ser una exigencia transversal a cualquier aporte de dineros públicos.

Algunas veces son las propias entidades las que se agrupan y promueven mejores estándares, sabedoras de que es en su propio beneficio y de su mejor gestión, de hecho en el estudio de Chile Transparente, se levantaron recomendaciones surgidas de las propias entidades encuestadas y ellas identificaron los problemas y las posibles mejoras a ser implementadas:

- *“Implementación de formulario único de rendición de cuentas para OSFL por parte de todos los organismos estatales que cuentan con el tercer sector para el desarrollo de sus*

⁶¹² Diario El Mercurio 21 de junio de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/06/21/32849/Fundaciones-y-ONG-en-tela-de-juicio.aspx> (acceso 30 de junio de 2015)

⁶¹³ Diario El Mercurio 25 de junio de 2015, <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/06/25/32955/Fundaciones-y-ONG.aspx> (acceso 30 de junio de 2015)

tareas. Lo anterior permitiría agilizar los procesos administrativos de las OSFL;

- generación de un registro único y público de OSFL con interface web, más extenso que el actual registro de entidades colaboradoras del Estado, que permita eventualmente tener acceso a las memorias y balances de las organizaciones;

- apoyo de parte del Estado a las OSFL con herramientas tecnológicas y asesorías en gestión, que permitan agilizar la inserción de prácticas de transparencia a los procesos cotidianos de las entidades;

- instauración de un sistema de financiamiento equitativo proporcionado por el Estado al tercer sector para facilitar la consolidación organizacional de las OSFL y permitir que éstas destinen recursos a implementar políticas de rendición de cuentas”⁶¹⁴.

La Memoria, balance y Fecu Social, que ha sido promovida por la Comunidad de Organizaciones Sociales permite visibilizar información relevante sobre sus actividades, este esquema implica un modelo integrado de reporte financiero y de gestión para la rendición de cuentas basado en OSC⁶¹⁵ que replica el modelo de la FECU (Ficha Estadística Codificada Uniforme) de las sociedades anónimas abiertas que incluye un reporte financiero y de gestión y está orientado por los principios de contabilidad generalmente aceptados del Boletín técnico 63 del Colegio de Contadores y que recoge asimismo, las prácticas internacionales⁶¹⁶.

Es claro que las organizaciones sin fines de lucro, tienen una significativa relevancia por su potencial impacto en actividades muy sensibles y por las consecuencias de las temáticas en las que trabajan, y que no deben ser consideradas como otra área de preocupación, sino una más sensible y relevante, por ello, “*tienen en este marco una responsabilidad aún mucho mayor, pues no basta el cumplimiento de la exigencia legal. El actuar de estas entidades requiere absoluta transparencia ante aquellos*

⁶¹⁴ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 90.

⁶¹⁵ http://www.comunidad-org.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=97&Itemid=64 (acceso 30 de junio de 2015).

⁶¹⁶ http://www.comunidad-org.cl/images/pdf/fecu_social_principios.pdf (acceso 30 de junio de 2015).

*que sostienen su actuar, sus beneficiarios y la sociedad en su conjunto*⁶¹⁷.

La relevancia de la labor que realizan las ONG, para Marcelo Sánchez, está en su patrimonio inmaterial, que las vincula con el bien común y el deber de responder a los estatutos de los fundadores, y los objetivos comunes que se han establecido como el eje central de su actuar.

4.18 Transparencia y partidos políticos

Los partidos políticos chilenos, se consideraban, hasta el reciente envío de la nueva ley de financiamiento de los partidos políticos, como entidades privadas, ya que habían asumido una estructura jurídica del derecho privado, por esta razón estimaban que no se encontraban sometidas a las normas de transparencia que afectan a las entidades públicas, ello se podía confirmar si la propia ley no las incluyó en su redacción original y hasta el despacho del nuevo proyecto, sin embargo, además de lo discutible de esta interpretación, debemos señalar que los partidos políticos cuentan con estructuras de apoyo como son los *think tank*, los que contribuyen con estudios y debates a los parlamentarios de su sector, y son muy relevantes para la producción y labor parlamentaria en las normas más técnicas, si bien el Congreso cuenta con asesores especialistas en diversas áreas en la Biblioteca del Congreso, estos entes asesores han asumido esquemas de fundaciones y de entidades sin fines de lucro (Fundación Chile 21; Instituto Libertad y Desarrollo; Instituto Libertad; Centro de Estudios del Desarrollo (CED), Fundación Corporación de Estudios para Latinoamérica Cieplan, Fundación Jaime Guzmán, entre otros). Si bien, se debe reconocer que en general, han sido importantes aportes desconocimiento y de investigación y existe una buena percepción de su gestión, no podemos obviar el hecho que nuevamente existe una deuda de una mayor transparencia hacia la sociedad y un velo de especial protección parece beneficiarlos, cuando se ventilaron los juicios tributarios y penales por financiamiento ilegal de la política desde finales de 2014, comenzaron a surgir antecedentes respecto de los flujos de dineros, como los que llegaron de manera importante a partidos políticos de la derecha como la UDI, en el denominado caso Penta y también a otros sectores tanto de derecha como de izquierda, con

⁶¹⁷ SÁNCHEZ, Marcelo, El Mostrador 26 de abril de 2015 <http://m.elmostrador.cl/opinion/2015/04/26/el-requisito-de-la-transparencia/> (acceso 27 de abril de 2015).

financiamientos también irregulares y sin transparencia del grupo económico Soquimich, en el que parecieron financiamientos irregulares de hasta 11 millones de dólares, y en el que algunos *think tank* políticos también habían recibido financiamientos aparentemente no justificados, como el caso de la Fundación Chile 21⁶¹⁸, que habría supuestamente recibido montos de unos 90 millones de pesos. Estos antecedentes, solo nos confirman la necesidad de incluir en los procesos de trazabilidad de los dineros, donaciones y prestaciones de servicio y asesorías de toda índole a las fundaciones y corporaciones de todo orden y, muy en especial, a aquellas que desempeñen funciones en áreas particularmente sensible y, en las que la opacidad, no puede ser la garantía de impunidad.

Se ha afirmado, que los graves escándalos de financiamiento irregular de las elecciones en Chile y de los partidos, a través de fraudes tributarios y financiamientos cruzados, también habría alcanzado a los *think tank* políticos. Por ello, se ha cuestionado que existirá de manera disfrazada de algunas prestaciones de servicios, que solo buscaban triangular financiamiento y que, además le daban una apariencia de legalidad y justificación con respaldo de facturas para rebajar impuestos al donante o financista, es discutible, *“es qué tan reales son este tipo de servicios o es simplemente, una manera indirecta de financiar a los partidos políticos, a través de sus fundaciones y esto se transforma en un hilo muy delgado. Las fundaciones asociadas a partidos políticos dejan de tener sustento*⁶¹⁹”, este deterioro, termina afectando las confianzas, la legitimidad y, en definitiva, el funcionamiento del sistema republicano y su estabilidad.

Según Alberto Mayol, este tipo de financiamiento, incluiría también la compra de las ideas, mediante la emisión de informes o posturas menos desfavorables a los intereses de los financistas y sus inversiones, afirma que *“hay un interés de que al menos estos centros no fueran hostiles. Mantenerlos tranquilos sobre innumerables proyectos que podrían enfrentar cuestionamientos. Por otro lado, los think tanks tienen centros de operación financiera sencillos y bastante flexibles, por la ley que les permite manejar plata con cierta tranquilidad”*.

⁶¹⁸ <http://www.pulso.cl/noticia/empresa--mercado/empresa/2015/03/11-60626-9-fundacion-chile-21-aclara-forma-de-financiamiento-tras-ser-vinculada-con-sqm.shtml> (acceso 29 de marzo de 2015).

⁶¹⁹ El Mostrador <http://www.elmostrador.cl/pais/2015/04/16/la-larga-chequera-de-sqm-que-rambien-alcanzo-para-los-think-tanks-del-mundo-politico/> (acceso 19 de abril de 2015).

El financiamiento de varias de estas entidades, se realiza mediante la suscripción periódica a informes, seminarios y charlas. Las críticas y miradas de desconfianza, han sido transversales con cuestionamientos a los que asesoran a los partidos de derecha (Libertad y Desarrollo), cuyo consejero Hernán Buchi, Ex Ministro y Ex candidato a la Presidencia de la República, salía en su defensa señalando que no asesoran a empresas, ni son consultores de empresas o personas y que, *“para garantizar su independencia, no reciben fondos del Gobierno”* y su *“política de financiamiento procura la diversificación de sus fuentes, que provienen de la suscripción a nuestras publicaciones, seminarios y charlas. Es así como, el año 2014, LyD contó con más de 650 suscriptores, empresas y personas –dentro de los cuales se encuentra SQM–, sin que ninguno de ellos representara más de un 8% de su presupuesto”*⁶²⁰.

Y, del mismo modo, los cuestionamientos afectan a los partidos de izquierda (con su fundación Chile 21), esta última tuvo que ser defendida por su propio Presidente y ex Senador Carlos Ominami, afirmando que, *“Chile 21 no participa como institución de campañas políticas y no ejerce actividad de lobby o gestión de intereses privados. Las opiniones institucionales de la fundación, así como de sus miembros, son autónomas y no responden a los intereses específicos de sus suscriptores”*⁶²¹.

La desconfianza a los partidos políticos en Chile ha caído hasta niveles insólitos, en un estudio del Centro de Políticas Públicas de la UC, se señala que en abril de 2015, la confianza es de un mínimo de 3%. Hay que advertir que esta medición se tomó antes de la crisis política y de confianza, de principios del año 2015, por lo que se puede anticipar, que esa cifra caerá a niveles que estadísticamente son irrisorios y cercanos al cero.

Algunas medidas que han sido sugeridas desde la academia, y que se encuentran en un estudio de CLAPES UC, del profesor Salvador Valdés, Propuestas Anti-corrupción en el Estado y en el Financiamiento Político⁶²².

⁶²⁰ El Mostrador <http://www.elmostrador.cl/pais/2015/04/16/la-larga-chequera-de-sqm-que-tambien-alcanzo-para-los-think-tanks-del-mundo-politico/> (acceso 19 de abril de 2015).

⁶²¹ Diario La Tercera 17 de abril de 2015, <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/201> (acceso 19 de abril de 2015).

⁶²² VALDÉS, Salvador, Propuestas Anti-corrupción en el Estado y en el Financiamiento Político Documento de Trabajo N.º18, 17 abril 2015 Centro Latinoamericano de políticas económicas y sociales, 2015.

Entre las propuestas, para impedir la extracción de recursos del Estado por partidos y campañas oficialistas se plantea revisar las remuneraciones, que las asignaciones parlamentarias no sean utilizadas para favorecer su reelección; la creación de una unidad dentro de la Contraloría General de la República denominada Fiscalía de Probidad, con facultades persecutorias y de delación compensada y transparentar el exceso de militantes en el sector público⁶²³. La creación de un consejo imparcial de expertos en remuneraciones, de directivos y profesionales. Esta entidad asumiría diversas facultades técnicas, de estudios e informativas para mejorar las decisiones sobre funcionarios de altos niveles, con el propósito de evitar que estos funcionarios sean monopolizados por los partidos gobernantes y las decisiones respecto de ellos, eviten un clientelismo.

En este mismo sentido, el referido estudio propone, transparentar las contrataciones del Estado, a militantes de partidos oficialistas y medir los excesos de plantillas para militantes⁶²⁴.

El mismo informe, se extiende en varias recomendaciones adicionales, que se dirigen a mejorar el actual sistema de Alta Dirección Pública, que ha sido criticado transversalmente, ya que, aunque tiene un mecanismo de selección de funcionarios, con relativa objetividad e imparcialidad, la remoción de ellos en cuanto ingresa un nuevo gobierno, lo hace totalmente irrelevante y carente de la necesaria estabilidad, que se requiere en la función pública, lo que sin embargo, no debe significar una inamovilidad absoluta, pero se debe proveer estabilidad funcionaria y continuidad de la gestión más allá de las diferencias ideológicas.

También se sugiere en el estudio, el mantener y respetar el financiamiento privado de la política como una función complementaria y establecer límites prudentes al gasto electoral de las entidades que denomina Asociaciones para la Expresión Política (APEP), esta denominación incluiría, no solo a los partidos directos, sino que también a entidades relacionadas y vinculadas con el quehacer político, al que nos hemos referido en este estudio como *think tanks*, como son los centros de estudios

⁶²³ VALDÉS, Salvador, Propuestas Anti-corrupción en el Estado y en el Financiamiento Político Documento de Trabajo N.º18, 17 abril 2015 Centro Latinoamericano de políticas económicas y sociales, 2015 págs. 1 y 2.

⁶²⁴ VALDÉS, Salvador, Propuestas Anti-corrupción en el Estado y en el Financiamiento Político Documento de Trabajo N.º 18, 17 abril 2015 Centro Latinoamericano de políticas económicas y sociales, 2015 pág. 9.

asociados a los partidos políticos y las fundaciones y corporaciones que se vinculan con algún partido.

Debe hacerse presente, que las medidas anunciadas por la Presidenta Bachelet, no consideran prácticamente ninguna de las recomendaciones sugeridas en este estudio y el énfasis propuesto, más que en la línea de velar por la mayor transparencia, tienen un evidente sesgo a eliminar el financiamiento de los empresarios, que es un tema diferente, pero que lamentablemente, no parece que mejorará en nada el mayor *accountability* y transparencia, tan necesario de los partidos políticos.

El Consejo Anticorrupción designado por la Presidenta Bachelet, señaló a su vez varias medidas recomendadas y conducentes a obligar a los partidos a generar mejores prácticas democráticas internas en sus procesos de decisiones y a transparentar los financiamientos, obligando y restringiendo al Estado, como único financiador de los partidos, prohibiendo por su parte los aportes de empresas y personas jurídicas. Aunque se trata de una medida discutida, se optó además, por transparentar toda donación de personas naturales.

En efecto, el Presidente de dicho Consejo Eduardo Engel, señaló que “*la falta de transparencia de los partidos es seria y la rendición de cuentas deja mucho que desear*” y se estima que la nueva forma de financiamiento de los partidos sería la medida más importante dentro de las 21 áreas temáticas y las 236 propuestas, ya que “[l]os partidos políticos son pilares del sistema democrático, pues permiten a los ciudadanos organizarse en torno a demandas programáticas. Son ellos quienes seleccionan y forman dirigentes, son ellos quienes proponen políticas para enfrentar los desafíos de construir una sociedad más justa, inclusiva y desarrollada. Son ellos, también, quienes proponen los candidatos a cargos de representación popular (senadores, diputados, alcaldes, etc.) y cargos importantes en el Ejecutivo (ministros y subsecretarios)”⁶²⁵.

La opción de la Consejo Anticorrupción, difiere de otras experiencias internacionales e incluso de las recomendaciones que hacen entidades como Transparencia Internacional España, y que en su representación Jesús Lizcano, cuyo énfasis se dirige mucho más a la mayor transparencia económica, financiera y contable y a la trazabilidad de los fondos e intereses y eventuales conflictos, que en la prohibición de aportes de empresa, que parece sustentada en la desconfianza, y que se

⁶²⁵ ENGEL, Eduardo; Reportajes Diario La Tercera Domingo 10 de mayo de 2015, la Principal apuesta del Consejo Anticorrupción

promueva una verdadera democracia electoral y transparente en su seno interno, además de incluir un marco jurídico interno, de prevención de corrupción. En particular, respecto del financiamiento, Lizcano, nos recomendaba las siguientes medidas:

“1) Publicación en Internet de las cuentas anuales detalladas de los partidos políticos y entidades a ellos vinculadas, con el debido desglose orgánico y geográfico de sus gastos e ingresos, así como de sus bienes patrimoniales.

2) Publicación en Internet por el Tribunal de Cuentas de su informe de auditoría anual de los partidos políticos (en el plazo máximo de un año desde el cierre de cada ejercicio contable).

3) Publicidad obligatoria de los préstamos otorgados a los partidos, así como la prohibición de su condonación por las entidades financieras.

4) Prohibición de las donaciones a los partidos, o sus fundaciones, procedentes de las empresas sometidas a licencias, regulación o subvenciones públicas.

5) Prohibir a las fundaciones de los partidos recibir ayudas o donaciones de aquellas personas jurídicas que no pueden donar a los partidos políticos.

6) Tipificar jurídicamente el delito de financiación ilegal de los partidos.

7) Establecer un procedimiento normalizado de auditoría interna en los partidos.

8) Obligatoriedad de hacer pública la situación de quiebra económica que en su caso puedan tener algunos partidos”⁶²⁶.

Creemos que las medidas que pretenden monopolizar el financiamiento y prohibir la gestión o incidencia privada, no parece que serán exitosas, si lo que se busca es, como indica el nombre del Consejo, evitar la corrupción, no van en el sentido adecuado.

Existen algunas experiencias comparadas, en las que los partidos han sido incluidos en las obligaciones de transparencia, como son los casos de México y

⁶²⁶ LIZCANO, Jesús; Diario El País 22 de Julio de 2013, http://elpais.com/elpais/2013/07/12/opinion/1373639215_762378.html (acceso 17 de mayo de 2015).

Colombia⁶²⁷, y que se encuentran obligados a rendir información relevante de transparencia activa, en sus páginas web institucionales.

Los partidos políticos chilenos, además de reducir considerablemente su cuota de participación en la convocatoria ciudadana, y aumentar la desconfianza de la percepción de la opinión pública, carecen de estándares mínimos de transparencia, aunque hasta ahora no tenían una exigencia legal a este respecto, ni tampoco los ya mencionados centros de estudios, no obstante ello, “[...] *el índice de transparencia en los partidos políticos de 2014, mostraba brechas significativas también: de un máximo de 7 puntos en 22 indicadores de transparencia, los partidos alcanzaron solo el promedio de 2,7%, mostrando déficits importantes acerca de la información que entregan sobre su financiamiento y sus posiciones programáticas*”⁶²⁸.

En la medición que realiza Chile Transparente, llamado “Índice de Transparencia en Partidos Políticos 2015⁶²⁹”, los partidos aunque ofrecen algunas señales de mejoría, no pueden dar por aprobado los distintos ítems por lo que son medidos, las 12 organizaciones que sometidas a la evaluación de transparencia promediaron un 4,3 (en escala de 1 a 7), es decir, levemente aprobarían, sin embargo, los partidos Comunista (0,85), Partido Igualdad (1,13), Partido Demócrata Cristiano (1,39), Partido por la Democracia (1,89) muestran niveles francamente decepcionantes, en los que la mejora de todo parece un imperativo, ya que están muy lejos de niveles adecuados.

Aunque debe admitirse que parte de la culpa la tiene un marco regulatorio que es calificado por Chile Transparente como “insuficiente y frágil”, considera Jeannette von Wolfersdorff, que “[v]emos en ello una intención clara y coherente para ir saliendo del actual círculo vicioso entre desconfianza, falta de transparencia y desfinanciamiento,

⁶²⁷

<http://www.partidostransparentes.cl/doc/Documento%20de%20Trabajo%20Transparencia%20en%20los%20Partidos%20Políticos%20y%20experiencia%20internacional%20-%20junio%202013.pdf> (acceso 30 de marzo de 2015).

⁶²⁸ Diario El Mercurio 31 de octubre de 2014; <http://www.elmercurio.com/blogs/2014/10/31/26480/Transparencia-en-partidos-politicos.aspx> (acceso 29 de marzo de 2015).

⁶²⁹ <http://www.chiletransparente.cl/noticias-nacionales/indice-de-transparencia-en-partidos-politicos-2015/> (acceso 14 de mayo de 2015).

*para ir recuperando o estableciendo paso a paso la confianza pública*⁶³⁰. Deben, por ello reconsiderarse el rol de entidades que se relacionan con ellos como son el SERVEL, actualmente en proceso de reforma.

¿Cómo se ha dejado esperar, hasta que sean tan visibles estos casos tan graves de malas prácticas y de clientelismo, en que los partidos políticos, de manera transversal, aparecen involucrados en traspaso de fondos con uso incluso de falsificación de instrumentos que, además, facilitan la evasión tributaria?

Una columna de opinión aparecida en la prensa, algunos meses antes de que se hicieran públicos los detalles de los casos más graves, ya nos sugerían algunas líneas de acción, respecto de cuatro objetivos:

- fortalecer a los partidos en el rol insustituible que les corresponde en democracia;
- proponer un nuevo esquema de financiamiento para la política;
- establecer estándares obligatorios de transparencia para los partidos; y
- modernizar el sistema de la fiscalización.

Parece, casi innecesario, asumir que los partidos políticos necesitan recursos para cumplir su importante rol en el debate de las políticas públicas y de la vida política republicana, pero, al mismo tiempo, qué duda cabe, que ello debe no solo ser regulado, transparentado y debidamente sancionado, cuando exista un quebrantamiento, peor aún, cuando las infracciones sean a costa de afectar los ingresos del Estado. Cuesta pensar, en una actividad más contradictoria que los partidos políticos estén organizando esquemas para asegurarse ingresos, a costa de los recursos públicos.

Los problemas descritos de graves fallas en el financiamiento, transparencia y problemas de gestión son, lamentablemente, compartidos en varios países con similares diagnósticos, ya en el año 2009, el Capítulo español de Transparencia Internacional, señalaba que los partidos tenían una deuda de mayor transparencia y que *“las cuentas que nos ofrecen son opacas, dejan fuera a sus empresas y fundaciones, no incorporan la contabilidad desagregada al nivel local y, desde luego, no explican las razones*

630

<http://www.chiletransparente.cl/noticias-nacionales/indice-de-transparencia-en-partidos-politicos-2015/> (acceso 14 de mayo de 2015).

*de las condonaciones de sus deudas*⁶³¹. Antes de la entrada en vigor de la ley de transparencia de España, se añoraban mejores estándares de información de los partidos “[s]obre todo, es necesario que se exija más transparencia a los partidos, que se incorporen los datos de sus fundaciones y empresas al sistema de control, y que se refuerce el papel del Tribunal de Cuentas”.

Según estudios de Transparencia Chile, casi 2/3 de los partidos en el año 2011, operaban con ingresos mensuales menores a 5 millones de pesos, lo que muestra una absurda deficiencia presupuestaria y una carencia en financiamientos estatales, que les permita cumplir su importante rol de contribuir al funcionamiento del régimen democrático y al debate de las ideas y propuestas de políticas públicas para el bienestar de la sociedad.

Lo más grave, es que la propia ley de financiamiento de los partidos establecía la reserva de las donaciones más significativas para su presupuesto, incluso el SERVEL las desconoce, no considera obligaciones básicas de transparencia activa ni una política obligatoria de rendición de cuentas, se trata de entidades que a pesar de su rol en la democracia están cubiertas por un manto de opacidad injustificado y con evidentes riesgos para la probidad.

Se trata de una información que desconoce la ciudadanía que debe fiscalizar y evaluar a los partidos, pero por otro lado, la identidad de los donantes, sí es conocido por los receptores (los partidos políticos) de los fondos, con una evidente incongruencia y, donde puede generarse un grave peligro de clientelismo o exceso de control de uno o pocos donantes a los partidos y a través de ellos, una influencia desmedida en las decisiones o en las votaciones de leyes, en los que los representantes participen, ya sean a nivel del Congreso o a niveles locales y municipales, para Chile Transparente “[...] existe un alto riesgo de que los partidos sean influenciados por sus financistas privados y no por la voz de los ciudadanos, lo que podría restarle legitimidad a su actuar.”⁶³² Por ello, esta institución ha recomendado eliminar toda fuente de donación reservada a los partidos políticos y establecer cuentas contables obligatorias

⁶³¹ http://elpais.com/diario/2009/11/11/opinion/1257894012_850215.html (acceso 10 de marzo de 2015).

⁶³² Precht, Alberto y von Wolferdorff, Jeanette; Transparencia y Probidad en Partidos Políticos, (documento de trabajo marzo de 2015) <http://www.partidostransparentes.cl/doc/Documento%20de%20trabajo%20Transparencia%20y%20Probidad%20en%20Partidos%20-%20marzo%202015.pdf> (acceso 31 de marzo de 2015).

para todos los partidos.

Entre las propuestas que propone Chile Transparente⁶³³, está el desarrollar una política de transparencia activa, en la cual se incorporen, al menos, los siguientes estándares:

- estructura y organización;
- estructura orgánica;
- facultades funciones de los órganos;
- número de afiliados;
- información de contacto;
- personas del partido;
- personas que dirigen el partido;
- declaración de intereses y patrimonio y datos profesionales de la directiva;
- registro histórico de la directiva central del partido;
- representantes en cargos públicos;
- marco normativo;
- estatuto del partido (misión, visión, objetivos, valores, directorio, dirección ejecutiva, organigrama, certificado de vigencia, alianzas y dependencia);
- procedimientos internos para la postulación a cargos;
- resoluciones escritas (del Consejo General y el Tribunal Supremo);
- código de ética y conducta;
- requisitos y procedimientos para afiliarse;
- origen y principios;
- reseña histórica;

⁶³³ Precht Alberto - von Wolfersdorff Jeannette, Emilio Moya - Christopher O'kuinghttons; Propuestas de reformas hacia una mayor Transparencia y rendición de cuentas en la política chilena; Octubre de 2014, <http://www.partidostransparentes.cl/doc/Propuestas%20de%20Chile%20Transparente%20para%20Transparencia%20y%20Rendicion%20de%20Cuentas%20en%20la%20Politica%20-%20octubre%202014.pdf> (acceso 30 de marzo de 2015) pág. 15 a 17.

- declaración de principios;
- línea programática;
- programa base (diagnóstico y propuestas políticas);
- actualidad del país (posición programática de los temas relevantes);
- financiamiento del partido;
- ingresos del partido;
- egresos del partido;
- activos y pasivos del partido;
- vínculos con terceros;
- convenios y vínculos institucionales nacionales e internacionales del partido;
- agenda del presidente y secretario del partido;
- actividades públicas del partido.

En cada ítem, Chile Transparente propone una puntuación para poder realizar análisis comparativos entre partidos políticos y realizar un ranking la posible evolución en el tiempo. Se trata de un aporte muy relevante y que debiera ser un estándar obligatorio y exigido por la ley, como requisito para ser beneficiario de fondos públicos de cualquier índole o de donaciones.

Los estándares que se recomiendan en este estudio del capítulo chileno de Transparencia Internacional, deberían ser aplicables, asimismo, a todos los funcionarios y candidatos que hayan sido designados o elegidos, según sea el caso. No puede pensarse, en todo caso, en un cambio de institucionalidad, sin considerar una institución que asuma las tareas con un presupuesto y facultades suficientes y con capacidad de sanción ante los incumplimientos, nos referimos al SEVEL, que hasta ahora carecía de las facultades, infraestructura y capacidades para hacer un seguimiento y fiscalización adecuados.

En la actualidad, están debatiendo nuevas alternativas de financiamiento para los partidos, algunas de ellas, consideran que debe ser un financiamiento público exclusivo o alternativas mixtas, pero cualquiera sea la alternativa elegida, ésta “[...] *debe estar acompañado con los requisitos mínimos, pero exigentes, de transparencia, que apuntan a acercar estas instituciones a la ciudadanía, a fortalecer su democracia interna y*

*reducir el riesgo de corrupción. La transparencia debería abarcar tanto la estructura y los procedimientos internos del partido, así como la posición programática, el financiamiento y los vínculos que el partido mantiene con terceros*⁶³⁴.

En el informe comparativo, que establece un paralelo de los estándares internacionales de otros países y que elaboró Transparencia Chile, nuestro país no sale bien evaluado, aunque tampoco es un caso aislado de poca y mala información disponible, los pocos casos que tienen mejor resultado son México y Colombia, por el hecho de haber sido incluidos en las normativas nacionales de transparencia.

Entre las recomendaciones finales del mencionado informe, se señala que “[e]s indispensable generar una verdadera cultura de transparencia dentro de los partidos y un verdadero compromiso por parte de los actores relevantes y el funcionamiento eficiente de mecanismos de control y sanción. La aplicación de mecanismos de transparencia en la vida partidaria debe responder a un compromiso valorativo sustancial y no ser la respuesta a una moda pasajera y circunstancial”⁶³⁵.

Lamentablemente, han pasado varios meses y demasiados escándalos como para seguir postergando la urgencia de una reforma comprensiva del sistema de partidos, su estructura, financiamiento y mayor transparencia.

Entre las reformas que se han promovido, desde principios del año 2015 por la Presidenta Bachelet y que fueron fruto del informe del Consejo Anticorrupción y que pretenden velar por el financiamiento de la política, se incorporan mecanismos que condicionan el financiamiento público al cumplimiento de estándares democráticos, sin embargo, se ha observado que se puede perder una oportunidad importante para incluir mayores estándares de transparencia a todas las entidades que reciban dineros públicos, de hecho Gonzalo Delaveau, comenta que “se deben ampliar los sujetos obligados bajo la Ley de Acceso a la Información, incluyendo a todos aquellos organismos que sin ser necesariamente organismos públicos, cumplan una función pública o reciban

⁶³⁴ Precht, Alberto y von Wolferdorff, Jeanette; Transparencia y Probidad en Partidos Políticos, (documento de trabajo marzo de 2015) <http://www.partidostransparentes.cl/doc/Documento%20de%20trabajo%20Transparencia%20y%20Probidad%20en%20Partidos%20-%20marzo%202015.pdf> (acceso 31 de marzo de 2015) pág. 6.

⁶³⁵ CID, Verónica, FIGUEROA, Daniel, MOYA, Emilio y VON WOLFERSDORFF, Jeannette; Transparencia en los Partidos Políticos: Revisión de experiencia internacional y propuesta de estándares de transparencia, Chile Transparente Junio de 2013 **pág.** 40.

financiamiento público significativo, tales como, los partidos políticos, las universidades y las corporaciones u organizaciones no gubernamentales”⁶³⁶.

Entonces, la pregunta queda abierta, si la transparencia es algo deseable y constituye una mejora para el sistema democrático y un compromiso decidido del Estado y de la sociedad en general, o solo se pretende llenar algunos vacíos con un maquillaje de las obligaciones que actualmente tienen los partidos y que han generado en buena parte el problema de confianza, legitimidad y déficit democrático de nuestro sistema.

4.19 Comentarios del capítulo

Los desafíos de una sociedad democrática en nuestros días, la probidad y la lucha contra la corrupción, con la creciente influencia de las tecnologías, exigen mantener un esfuerzo permanente de mejorar la transparencia.

Por otro lado, entidades que salen de la esfera común de acción del aparato estatal, pueden plantear la conveniencia de ampliar la cobertura e interpretación de aplicación de las normas que actualmente están en vigor, primero, en lo que se refiere a entidades que perteneciendo a la estructura del Estado, aunque bajo un formato de derecho privado (teniendo el Estado un rol en su creación, en su financiamiento o en las decisiones fundamentales) y, por otro, entidades que tienen un rol dentro de la sociedad civil, organizaciones sin fines de lucro y dentro de las denominadas organizaciones no gubernamentales. Ellas revelan una creciente influencia y una destacada labor en áreas que exceden con mucho labores de caridad.

Es una realidad el hecho que tienen un tratamiento preferencial, al referirnos a los donantes y su financiamiento. Por todo ello, tanto por lo relevante de la misión que desarrollan, como por la protección de los intereses de los donantes, es que debe existir un reforzamiento de la transparencia y, por lo mismo, les debe ser aplicable en lo sustantivo la legislación pertinente de acceso a información pública, al menos respecto de la transparencia activa.

La transparencia, es mucho más que cumplir regulaciones y hacer públicos los resultados financieros anuales, se trata de comprometerse con todos los *steakholder* o

⁶³⁶ Diario La Tercera 15 de mayo de 2015 <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2015/05/895-629727-9-probidad-mas-de-lo-mismo.shtml> (acceso 17 de mayo de 2015).

grupos de interés, entendiendo sus necesidades de información⁶³⁷. En definitiva, termina mejorando su legitimidad y credibilidad, mejora su desempeño, se generan confianzas con los grupos de interés y aumenta el impacto de su gestión. Hay en el camino de la transparencia algunos riesgos de generar preguntas y aclaraciones respecto de los recursos y las decisiones que se han adoptado, sin embargo, la suma final es de ganancia para la sociedad global, para la sociedad civil y, en definitiva, para las ONG.

Dada la heterogeneidad de las instituciones del tercer sector, es recomendable, como lo ha sostenido Chile Transparente⁶³⁸, hacer una clasificación de las entidades, basada en criterios como: años de trayectoria; alcance territorial; cantidad de beneficiarios; cantidad de trabajadores y voluntarios involucrados; presupuesto anual y fuentes de financiamiento más relevante.

Con todo, es difícil justificar un tratamiento diferenciado en las obligaciones de transparencia y *accountability* entre entidades públicas y las ONG, cuando los fines que ambas persiguen, en los hechos son asimilables y los recursos, muchas veces, provienen de un mismo origen público.

La participación ciudadana, no solo es deseable sino indispensable, para mejorar la confianza en las instituciones públicas y, en definitiva, en la democracia. Los fenómenos sociales posmodernos muestran una preocupante y creciente tendencia de falta de credibilidad en las instituciones y una nueva manera en que el contrato social debe entenderse, la democracia representativa parece no ser suficiente y los partidos políticos tienen un enorme déficit de *accountability* y, cada vez, menor participación electoral respecto de la masa potencial de participación entre los votantes.

Parece que, es hora de incluir a la sociedad civil, ya no solo como un canal de información, sino de modo mucho más inclusivo en el proceso de toma de decisiones.

Instancias como la creación de los consejos de la sociedad civil parecen ir en la dirección correcta, pero no es suficiente, ya que deben incrementarse los mecanismos de trazabilidad de la gestión y financiamiento.

⁶³⁷ LOYD, Robert; The Role NGO Self-Regulation in Increasing Stakeholders Accountability; One World Trust. July, 2005.Op. cit. 581 pág. 10 (traducción propia)

⁶³⁸ MOYA D., Emilio y otros Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Op. cit. 497 pág. 79

El Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, por su parte, ha promovido 23 estándares para mejorar la transparencia, basados en ofrecer mayor apertura los ciudadanos en tres áreas fundamentales⁶³⁹:

- transparencia en estructura y procedimientos internos;
- transparencia en ideología y posición programática; y
- transparencia financiera y vínculos con terceros.

Creemos que no puede restringirse a una simple rendición de cuentas de las asignaciones de los fondos, sino que debe ser una rendición comprehensiva y que permita un conocimiento y participación de los actores no gubernamentales. Como afirma Kumi Naidoo, se trata de un proceso vital, “[s]i las organizaciones de la sociedad no actúan a partir del enfoque, la misión y los programas propios, simplemente dejan de existir, mueren”.

⁶³⁹ <http://eliberio.cl/opinion/en-defensa-de-los-partidos-politicos/> (acceso 29 de marzo de 2015)

5. TRANSPARENCIA EN EL ETIQUETADO DE ALIMENTOS, ROTULACIÓN Y TRANSGÉNICOS

“[...] estudios que sugieren que cada dólar invertido en intervenciones para reducir la inseguridad alimentaria y las carencias de micronutrientes, con objetivos bien definidos, puede retornar con beneficios entre cinco y veinte veces por encima de dicha inversión”.

(FAO, 2004).

“[...] la voluntad de transparencia, de acceso a la verdad sin cortapisas, sin obstáculos, por vía directa, es aspirar a poder tener los enunciados sin las condiciones de producción, sin la enunciación, esto es la palabra sin los sujetos que la enuncian y sin las diferentes modalizaciones que los caracterizan”.

5.1 ¿Se vinculan alimentación y transparencia?

La transparencia como herramienta de política pública, muchas veces parece restringida al ámbito de la probidad y de la lucha contra la corrupción, se la identifica en una mirada que no compartimos del todo, como un instrumento que parece insertarse dentro de un continente demasiado acotado, al mismo tiempo, se ignoran los beneficios que puede implicar en diferentes áreas en las que la propia ciudadanía exige, ya no solo saber más, sino que un saber más participativo e inclusivo.

Si entendemos la transparencia desde la perspectiva de un derecho fundamental, pero al mismo tiempo, como un derecho que permite acceder a otros derechos y que beneficia distintos ámbitos de la gestión de la administración, más allá de la información y de la rendición de cuentas al final de la gestión, sino que un proceso evolutivo y deliberativo en la que la información, como hemos advertido desde el punto de vista del individuo que recibe la información, lo beneficia, desde luego que, al mismo tiempo provee mayor legitimidad a la autoridad y contribuye a la rendición de cuentas, pero creemos que la transparencia puede cumplir un rol mucho más

sensible y contribuir en distintos estadios de la relación entre la administración y los administrados.

Los ciudadanos se vinculan con la autoridad también en ámbitos tan cotidianos como la alimentación, que además es un derecho indispensable para la vida. Durante años los gobiernos han asumido tareas de salud pública, primero para poder reducir la desnutrición que tenía la población en muchas naciones, luego y, casi sorpresivamente, pasamos a preocuparnos debido a que la alimentación contenía demasiadas calorías y hoy estamos ante niveles de sobrepeso y obesidad muy preocupantes en la población.

Dentro de una política pública de salud pública y de alimentación, además de los debates que promueve la FAO sobre un derecho a la alimentación adecuada, ¿cuál debe ser el rol del Estado? Ciertamente hay labores educativas, de mejorar los estándares y hábitos alimenticios. Sin embargo, desde la perspectiva que hemos asumido en este estudio, la información que se entrega a los consumidores, podría implicar que la transparencia, tiene aquí algún lugar relevante en el debate de la alimentación, que no bastaría con incluir etiquetados con los contenidos nutricionales, y que algunas de las sustancias o aditivos que pueden ser alergénicos, o cuyo consumo en exceso pueda llevar a afectar la salud, exigen una inclusión más explícita.

Nos interesa en esta sección, reflexionar respecto de la necesidad de incluir una información adecuada y suficiente, que hoy se ha delegado a las autoridades sanitarias, pero tal vez su aproximación no ha incluido una mirada desde los desafíos que implica una normativa y un debate nacional e internacional de informar adecuadamente a la población.

Si además incorporamos aspectos de alimentos cuya producción han generado alta polémica y división entre grupos de la sociedad civil y las empresas productoras, como lo son los alimentos producidos en base a organismos genéticamente modificados. Parece tratarse de una discusión en el ámbito de especialistas de la agroindustria y biológica, pero pensamos que el derecho a la información, la evolución y las exigencias de los ciudadanos por saber más y recibir información útil ya no solo limitados a la gestión de sus autoridades, sino que también del resultado directo de dicha gestión, la calidad de la alimentación a la que pueden acceder con sus decisiones, en todo caso, no siempre dichas decisiones de consumo contienen una información suficiente, adecuada y dirigida al fin de una alimentación como un derecho fundamental.

Hemos identificado en las funciones que cumple la información para el destinatario la función previa a las decisiones (preventiva), la posterior (evaluativa); la participativa (líquida) y la aparente (putativa), en cada caso podemos emplear estas categorías para observar, si respecto de la información que entregan los productores, generalmente empresas privadas nacionales o extranjeras, con la participación de las entidades públicas que supervigilan el cumplimiento de estándares de salud y de calidad, que provean al mismo tiempo, de información adecuada, suficiente y oportuna, en ello, que se trate de información asimilable y de fácil comprensión, es muy significativo.

Si el Estado y sus agencias públicas pueden y deben cumplir un rol concreto en cuanto a elevar la exigencia de la calidad y contenido de la información y que también se encuentre sujeta al control mediante los amparos por parte del Consejo para la Transparencia, es un asunto que analizaremos en concreto en este capítulo.

La FAO ha entendido la relevancia que tiene una evaluación de los derechos de la alimentación desde el derecho, promoviendo la creación de un Observatorio del Derecho a la Alimentación en América Latina y el Caribe⁶⁴⁰, en dicha asociación de facultades de derecho de Latinoamérica se ha incluido una mirada que evalúa e investiga perspectivas de derechos como alimentación y el acceso a agua potable.

Nos parece por tanto, de interés para este trabajo, incluir una mirada que cuestione, analice y proponga desde el estado del arte de la rotulación y la información que se requiere por parte de organizaciones sociales y los consumidores, la transparencia como un derecho que, a través de su ejercicio, facilita una decisión de consumo y de alimentación adecuada, que informa a los interesados la ubicación de cultivos transgénicos, la presencia de sustancias que pueden ser nocivas o afectar al consumidor que, de conocer la información adecuada y de manera oportuna, tomará sus decisiones de comportamiento de manera diversa y que las propias políticas desarrolladas por las agencias estatales como los programas de alimentación escolar, puedan ser evaluadas, adoptadas y que cuando sea pertinente, dichas políticas se deben ajustar a los estándares internacionales, en los que estamos ciertos que la información puede jugar un factor decisivo.

⁶⁴⁰ <http://www.oda-alc.org/> (acceso 28 de septiembre de 2015).

5.2 Hábitos alimenticios

Las malas dietas nutricionales son un importante factor para las Enfermedades No Transmisibles Organización Mundial de la Salud⁶⁴¹. El sobrepeso y la obesidad, representan el quinto riesgo de mortalidad a nivel mundial. En el año 2010, cerca de 42 millones de niños menores de 5 años, tenían la condición de obesidad o sobrepeso, lo que implicará con toda seguridad futuros problemas de salud, en especial, de hipertensión y resistencia a la insulina.

El presente capítulo se plantea a partir del estado del arte del derecho a la alimentación, los desafíos de mala nutrición que se observan en los indicadores de obesidad y sobrepeso de la población, en particular el caso de Chile y como éstos desafíos están en directa vinculación con la información que se entrega a la población mediante el etiquetado y rotulación de los alimentos, analizaremos desde una perspectiva tanto normativa y de la nutrición cómo la transparencia también tiene una incidencia muy significativa en este tema de salud pública.

Debemos advertir, en todo casi se trata de asuntos que escasamente están siendo afrontados desde la disciplina del derecho, las modificaciones recientes respecto de la rotulación de alimentos y la necesidad de asumir una perspectiva ampliada que considere la tendencia de los DESC y los riesgos de una responsabilidad del Estado por no asumir adecuadamente un derecho que aunque es de justiciabilidad discutible, no es del todo descartable.

El derecho a la alimentación, para el Relator Especial de las Naciones Unidas Jean Ziegler es “[...] *el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna*”⁶⁴².

Este derecho, contiene dos componentes fundamentales, el acceso igualitario y la disponibilidad de los alimentos. Se ha planteado, además, que al hablar de

⁶⁴¹ OMS Conjunto de recomendaciones sobre la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños; 2010.

⁶⁴² ÖZDEN, Malik y GOLAY, Christophe; Programa Derechos Humanos del Centro Europa-Tercer Mundo (CETIM) 2012 www.cetim.ch/es/documents/Br-alim-A4-esp.pdf (acceso 15 de julio de 2015).

alimentación, su implicancia debe ampliarse y abarcar también el derecho al agua salubre y de calidad.

De acuerdo con los datos de Naciones Unidas⁶⁴³, en 2009, por primera vez, más de 1.000 millones de personas sufrieron desnutrición en el mundo. Siendo los más vulnerables al hambre y la mala nutrición, los pobladores de áreas rurales, los pobres en áreas urbanas, las mujeres, los niños, los refugiados, las personas con alguna discapacidad, los ancianos y otras minorías. El hambre, concluye el informe, se debe a la discriminación que sufren dichos grupos, por ello, el Comité considera que todo esfuerzo, debe basarse desde la perspectiva de los Derechos Humanos y guiarse en el marco de un derecho a la alimentación en que se elimine toda forma de discriminación, tanto de hecho como de derecho.

Otros factores que influyen decididamente en la calidad de la alimentación, son las significativas variaciones de precios que han experimentado cereales, azúcar, soya, frejoles, arroz, maíz, cebada, trigo, papas, muchos de ellos, representan alimentos básicos con importantes contenidos culturales en varias regiones. El alza de los precios se debe tanto a factores climáticos como lluvias excesivas, o la falta de éstas en algunas regiones, afectando las cosechas, o también, ello puede deberse a políticas proteccionistas que cierran algunos mercados.

Aunque algunos de los factores expuestos, son estacionales y no implican alzas absolutas en el tiempo, las variaciones de precios también atraen acciones especulativas en los mercados.

En cuanto a la perspectiva que proponemos, debe indicarse que “[...] *se invoca la transparencia como el derecho que nos asiste a percibir la realidad. Pero la percepción de la realidad no depende solo de la cualidad de que tengamos acceso sensorial a la realidad: de la preparación y el saber de los observadores dependerá la capacidad de unos y otros para advertir sus distintos aspectos*”⁶⁴⁴.

Por lo tanto, en cuanto a la calidad nutricional requiere que los consumidores accedan a información relevante para sus decisiones y que se encuentren, al mismo tiempo capacitados para poder hacer adecuado uso de esa información.

⁶⁴³ traducción propia; Human Rights Council Advisory Committee A/HRC/16/40 pág. 22.

⁶⁴⁴ AGUILAR, Miguel Angel, “La opacidad necesaria” Albergamo María Ed. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 93.

5.3 Rol del Estado

El nivel de involucramiento del Estado, dependerá⁶⁴⁵ de la factibilidad y de la distribución de los recursos disponibles para la población, si éstos existen en abundancia, el rol del Estado sería menor. Esto se plantea desde la perspectiva de los niveles mínimos de subsistencia para estar liberados del hambre, entonces, ¿qué desafíos se generan cuando los niveles mínimos ya se han superado y la población puede acceder con relativa facilidad a alimentos para su subsistencia?

¿Puede sostenerse, que el rol de Estado, al menos como regulador, ha quedado postergado?

Nos parece que al pasar a niveles de mayor desarrollo, las obligaciones del Estado deben evolucionar, con el mismo progreso de la sociedad y, por ello, no debe restringirse a una mera subsistencia, sino que deben mejorar la calidad de vida, una mejor salud y en ello, una alimentación sana y adecuada, debe ser una de las prioridades de todo Estado, además de las implicancias que tiene para la salud de la población. Cuando nos referimos a mayor exigencia de parte del Estado, estamos pensando además de la inocuidad de los alimentos, en una tarea muy relevante en la calidad alimentaria mediante la información que se entregue a los propios consumidores.

5.3.1 Constitución Política de Chile

Si entendemos la alimentación como un derecho fundamental, que debe reconocerse y protegerse por cada Estado, pasa a ser relevante la posición de los intérpretes de las normas, de la jerarquía y en su caso, primacía de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado respecto del derecho interno y su autoejecutabilidad, esto es, que los tribunales puedan forzar sin necesidad de una norma posterior que la implemente y que, sin ella, no pueda ser exigible en el caso particular.

La tendencia actual de las constituciones, es de un reconocimiento comprensivo y explícito de los derechos humanos, en su expresión de segunda generación, de derechos económicos, sociales y culturales. Esta tendencia incluye, desde luego, al

⁶⁴⁵ EIDE ASBJØRN, *The Right to Food: From vision to Substance, For an Effective Right to Adequate Food*; Collection Interdisciplinaire University Press Fribourg Switzerland 2002, pág. 41.

derecho a la alimentación como en el art 4 y 27, de la Constitución México. Ya son varias constituciones que han incorporado en sus textos el reconocimiento del derecho y la obligación del Estado de su protección⁶⁴⁶. El caso de Chile, sin embargo, parece diferente y la Constitución no contiene un reconocimiento del derecho a la alimentación.

La Constitución de Chile, en cambio, reconoce el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (art 19 n.º1) y el derecho a la protección de la salud (art 19 n.º9), hasta ahora, no se ha explicitado el reconocimiento objetivo de la protección de un derecho a la alimentación adecuada, ni las obligaciones que implican para el Estado.

La pregunta que planteamos entonces es ¿de qué manera el ordenamiento chileno está enfrentando esta problemática? Y ¿cuál es la relevancia y efectos de un adecuado ejercicio un rol de información que se ajuste a un derecho de esta importancia?

Hoy se observa una normativa disgregada en diversos textos y que, además, parece mostrar un nivel de protección que, tal vez, no se condice con su importancia y que requieren un reconocimiento y protección acordes con la naturaleza de derecho fundamental, que implica el derecho la alimentación y la buena nutrición, que asimismo, de formar parte del derecho a la vida y a la salud, requieren por su relevancia, una visualización más clara y objetiva.

Para un modelo de un “*derecho alimentario [en el sentido objetivo], un ordenamiento jurídico que regula la producción, transformación, comercialización y distribución de los alimentos, así como la seguridad y calidad alimentaria*”⁶⁴⁷.

El principio de la interrelación y protección de los derechos sociales, con consecuencias constitucionales se hace factible a partir del reconocimiento del principio de igualdad. Sin embargo, este principio haría imposible desarrollar un mecanismo de protección de los derechos sociales⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ FAO “El derecho a la alimentación en la teoría y la práctica”, FAO 2000.

⁶⁴⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio; (Coord); Lecciones de Derecho Alimentario, Hispalex 2010 pág. 281.

⁶⁴⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos; La Dimensión Objetiva de los Derechos Sociales; Cuadernos de Derecho Constitucional Librerías Bosch, 2010 pág. 13.

La Constitución de Chile, sufrió sendas reformas, siendo pertinente para nuestro análisis, considerar la modificación del año 2005, que implicó un significativo cambio en el artículo 5.º, motivado en posicionar los derechos humanos como límites de la soberanía y como causa de la obligación de los órganos del estado, imponiéndoles un respeto y promoción de los mismos, otra finalidad⁶⁴⁹, extender la protección a los derechos humanos garantizados por normas internacionales asumidas por el país.

Se ha planteado por algunos autores⁶⁵⁰, que la reforma constitucional, lo que en realidad se modificó sustancialmente, fue que los derechos fundamentales tendrían rango constitucional, tesis que no es compartida por toda la doctrina y en la que existen reconocimientos en distintos niveles normativos de tales derechos.

Los cambios en la reforma, implicaron que el constituyente reconociera expresamente “[...] *que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano. Por lo tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos, a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos*”⁶⁵¹.

Del mismo modo, no puede negarse que, no existe una lista taxativa y definitiva de derechos fundamentales, por lo que se trata de una evolución creciente y, siempre, en el sentido de reconocer y proteger mejor los derechos humanos. De esta manera, si aceptamos la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico, planteado por Nogueira, los tratados internacionales forman parte de la constitución material y con ello, su vigencia, validez y eficacia jurídica. Esto implicaría que se hacen exigibles para el Estado las obligaciones asumidas en diversos acuerdos internacionales y, en particular, relacionados con la alimentación como derecho implícito y explícito de los derechos fundamentales.

⁶⁴⁹ SILVA BASCUÑAN, Alejandro; Reforma de los Derechos Humanos; Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad católica de Chile, Vol 16. 1989, 579-589.

⁶⁵⁰ TRONCOSO & VIAL, Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución; Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad católica de Chile, Vol 20. 1993, 695-704.

⁶⁵¹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto; Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos; Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad católica de Chile, Vol 20. 1989, 881-895.

5.3.2 Obligaciones internacionales asumidas por Chile

Conviene recordar y sistematizar desde la perspectiva del objeto de nuestro estudio, las principales normas y acuerdos internacionales que tienen implicancias en las obligaciones asumidas por Chile en la protección del derecho a la alimentación:

- Organización Mundial de Comercio (OMC), mediante la eliminación de medidas proteccionistas y subsidios a grupos de intereses que terminan distorsionando el comercio y afectando a los sectores de países más pobres que no tienen fuerza política. En este sentido, debe mencionarse, con preocupación la lentitud en el avance de las negociaciones de la Ronda de Doha.

- Declaración Universal de Derechos Humanos. La Carta de ONU, el principio rector de la no discriminación (art 2 y 25.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), artículo 11, que reconoce la alimentación como parte de un nivel de vida adecuado; reconoce el derecho de proteger a la persona contra el hambre y adoptar las medidas en consecuencia; mejorar métodos de producción, conservación y distribución y perfeccionar la difusión de la nutrición y, finalmente, asegurar la distribución equitativa de los alimentos. El Pacto fue complementado con la Observación General del Comité, N.º14 del artículo 12.

- Protocolo de San Salvador (1988) fue firmado por Chile en Junio de 2001, pero no ha sido ratificado hasta la fecha, no siendo por lo tanto, exigible por ahora.

- Otros acuerdos internacionales vinculados: Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1967, los Convenios de Ginebra y dos Protocolos Adicionales.

- Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Constitución de la FAO, y los 19 acuerdos que según lo dispone el artículo XIV de su constitución y que, acordados bajo su alero, fueron depositados a su Director General.

- Codex Alimentarius, compilación de normas voluntarias, prácticas y directrices, que elaboró un Código General de Buenas Prácticas de Manufactura, que contiene recomendaciones de riesgos y controles, de manera de asegurar la inocuidad

alimentaria, evitar la falsedad en las declaraciones o lleven a error. Dicha comisión se formó para la ejecución de programas FAO y de la OMS en cuanto a la alimentación. Contiene: “[...] disposiciones para realizar declaraciones voluntarias de nutrientes, el cálculo y presentación de los datos de información nutricional y establecen las directrices generales que se deben seguir. En todo caso, se deja a las normativas nacionales el trabajo de especificar ciertas propiedades”⁶⁵². Comisión del Codex Alimentarius, 1992

- Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF); con el propósito de proteger la salud humana, animal o vegetal, es posible establecer medidas de protección, pero pueden aplicarse solo en base no discriminatoria, no arbitraria y demostrar científicamente la justificación y no basado en presiones de grupos de interés.

- Acuerdo de Barreras Técnicas al Comercio (TBT), evitando medidas proteccionistas encubiertas en acciones administrativas de carácter técnico, en las que los productos alimenticios tienen una alta posibilidad de ocurrencia (rotulaciones, certificaciones, traducciones, etc.).

- Normas ISO (International Standards Organisation); aunque tienen naturaleza de soft law y carecen de exigibilidad, se trata de normalizaciones y de sistemas de calidad. El Comité 176 elabora normas de gestión mediante grupos de expertos que proponen normas y recomendaciones técnicas. Las empresas que implementan dichas recomendaciones y obtienen las certificaciones y homologaciones⁶⁵³, éstas ganan mediante una mejora en la credibilidad de sus clientes, acceso a nuevos mercados internacionales; asimismo al ajustarse a los requerimientos, reducen sus costes, ya sea por los materiales o por los procedimientos y, en definitiva, incrementan sus controles de riesgos en la producción.

- Otros convenios que históricamente del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos⁶⁵⁴, promovieron la protección del derecho a la alimentación y de los cuales Chile es parte:

⁶⁵² Etiquetado nutricional de los alimentos <http://www.alimentacion.enfasis.com/notas/7547-etiquetado-nutricional-los-alimentos> (acceso 12 de julio de 2015).

⁶⁵³ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio; (Coord); Lecciones de Derecho Alimentario, Hispalex 2010 pág. 281.

⁶⁵⁴ Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos pág. 4,

* Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (arts. 6 y 59).

* Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (arts. 54 y 69).

* Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (arts. 5.1 b), 14 y 17.1).

* Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 12).

* Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 27).

* Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (arts. 25 f) y 28.1).

Los convenios mencionados, muestran una inequívoca y comprehensiva tendencia a formalizar los compromisos del país en el tema de los DDHH, de los DESC y, en especial, del comercio internacional, como de algunas obligaciones relativas a los alimentos.

La naturaleza y obligatoriedad de los convenios señalados, dependerá de la materia que se trate, ya que si se estima que tiene rango de derecho fundamental, podría formar parte para parte de la doctrina del denominado bloque constitucional, sin embargo, e independientemente de la valoración y jerarquía interna que se le asigne en cada Estado, los convenios descritos y otros similares, han profundizado y ampliado la cobertura de materias significativas de derechos fundamentales, desde la denominada primera generación, a perspectivas que estiman que hoy existirían en un formato de una unidad indivisible y que no puede jerarquizarse, no obstante esta visión, no puede negarse el aporte de la explicitación de compromisos transversales de los estados en conferencias de diferentes temáticas, que han ido ganando aceptación e influido decididamente tanto como compromisos concretos y exigibles, como también, como marcos de referencia que sirven de ejemplo para las normativas de los

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A.HRC.16.40_sp.pdf (acceso 12 de julio de 2015).

países tanto miembros de las respectivas convenciones, como inclusive a los que no han participado en la discusión o asumido un compromiso concreto.

5.4 Seguridad alimentaria

De acuerdo con las directrices voluntarias de la FAO: “[...] *existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimentarias y sus preferencias en cuanto a los alimentos, a fin de llevar una vida activa y sana. Los cuatro pilares de la seguridad alimentaria son la disponibilidad, la estabilidad del suministro, el acceso y la utilización*”⁶⁵⁵ Directriz 13 de la FAO”.

El derecho, la responsabilidad y el *accountability*⁶⁵⁶ de los Estados para una adecuada seguridad alimentaria, suponen una correspondencia entre derechos y responsabilidades, entidades que puedan monitorear la implementación de la responsabilidad asumida. Con capacidad y autoridad, el desarrollo de una legislación apropiada, definición de objetivos, formulación de políticas públicas y de estándares se podrá concluir un sistema con buenos niveles de rendición de cuentas, responsabilidad y vigencia de la ley.

5.4.1 Hambre o mala nutrición

Tradicionalmente se distingue al hablar de nutrición, entre un sentido cuantitativo o cualitativo⁶⁵⁷, ya se trate de un consumo insuficiente de energía, o bien, por la falta de proteínas o nutrientes. De esta manera, se separa conceptualmente, lo que constituye la malnutrición (hambre) o la desnutrición.

La causalidad de encontrar estos trastornos alimentarios se debe a factores medioambientales (desastres naturales), conflictos o desplazamientos humanos⁶⁵⁸. Sin

⁶⁵⁵ Directrices Voluntarias; en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. FAO, 2005. pág. 27.

⁶⁵⁶ EIDE, Asbjørn, *The Right to Food: From vision to Substance, For an Effective Right to Adequate Food*; Collection Interdisciplinaire University Press Fribourg Switzerland 2002, pág. 30-31.

⁶⁵⁷ LOPEZ- ALMANSA, Elena, *Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"*; Tirant lo Blanch 2009.

⁶⁵⁸ LOPEZ- ALMANSA, Elena, *Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen*

embargo, en nuestras sociedades urbanas con altas concentraciones de población, surge la necesidad de redefinir los desafíos nutricionales de los países que han alcanzado niveles de desarrollo que les permite dejar atrás el hambre, entendida tradicionalmente.

Hoy las costumbres alimentarias, basadas fundamentalmente, en la falta de tiempo, exceso de carbohidratos, falencias educacionales, debilidad en las legislaciones o, simplemente, por la existencia de rasgos culturales que nos llevan a cambiar nuestros hábitos alimenticios y dejar de lado las tradiciones de nuestros abuelos que tenían mayor conciencia de la importancia de comer adecuadamente y de sus implicancias para la salud.

Todo lo anterior, sumado al creciente sedentarismo de la población, configuran un escenario propicio para que hoy en día los gobiernos de muchos países se enfrenten a una pandemia de un tipo desconocido hasta hace pocas décadas: la obesidad.

El problema, en concreto, se plantea cuando un Estado carece de la capacidad de satisfacer una dimensión adecuada del derecho, y no cumple con el rol educativo y de información adecuado que se ajuste a los máximos estándares que se requieren ante un problema de salud pública. Ya no se trata de meras expectativas, sino que verdaderos derechos que sean exigibles por los individuos. Por otro lado, si aceptamos que los derechos son únicamente en la medida de lo políticamente posible⁶⁵⁹ y que se adecúen al estándar social, la situación y capacidad económica del Estado, ello haría imposible de forzar el cumplimiento a los órganos estatales y tender a una exigibilidad subjetiva. Por ello, teniendo en consideración las capacidades reales del Estado y sus compromisos internacionales, es que se debe mirar su nivel de responsabilidad.

Cuando el Estado, ha alcanzado un nivel que permite satisfacer estándares de subsistencia, debe pasar a un estadio en el que la calidad de la alimentación sea una prioridad y ello es consecuencia de los mismos compromisos asumidos con la sociedad.

5.4.2 Tendencia actual de la alimentación

Se puede apreciar, como tendencia dominante, que la mayor concentración en grandes zonas urbanas, ello facilita las economías de escala y se tiene acceso a

internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"; Tirant lo Blanch 2009 pág. 36.

⁶⁵⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos; La Dimensión Objetiva de los Derechos Sociales; Cuadernos de Derecho Constitucional Librerías Bosch, 2010 pág. 67.

relativamente bajos costos de alimentos procesados y el hábito de comidas rápidas que tienen mayor contenido calórico, los cambios culturales en la dieta han abandonado por carencia de educación, información y de tiempo, dejando de lado el consumo de antaño, rico en fibras y cereales no procesadas, con preocupantes excesos de aceites comestibles, sales y azúcares refinados⁶⁶⁰.

Los cambios nutricionales en el país han devengado en problemas nutricionales, mayores niveles de obesidad y sobrepeso en todos los niveles de la población, lo que hace indispensable en Chile, mejorar la regulación de alimentos y rotulación, de acuerdo con el Boletín del Congreso N° 4.921-11), la obesidad representa 8% en menores de seis años, 17% en escolares de Primer Año Básico, 33% en embarazadas, 28% en mujeres y 23% en hombres adultos. Constituye un grave factor de riesgo para enfermedades como hipercolesterolemias (35% de los adultos), hipertensión arterial (33,7% de los adultos) y la diabetes mellitus tipo 2 (4 a 12%). El boletín señalado ha servido de fundamento al debate parlamentario del proyecto que se discutió para modificar la rotulación de alimentos.

5.4.3 Derechos humanos y su evolución en el contexto internacional

Se habla de derechos de tercera generación o “nuevos derechos”⁶⁶¹, pero ello requiere delimitarlos adecuadamente o bien se puede tratar de una ‘metamorfosis’ de derechos ya existentes, por causa de nuevas circunstancias. Esto, precisamente, parece ser el caso del derecho a la vida y a la salud, y el derecho a la calidad de vida, una etapa “complementadora”⁶⁶² en la evolución de los derechos fundamentales, referidas a libertades individuales y derechos económicos, sociales y culturales, éstos derechos han experimentado una etapa creciente de positivación a nivel constitucional.

La dimensión objetiva⁶⁶³ de los derechos humanos, implica que se debe relacionar el bien jurídico protegido con la necesidad de proveer una adecuada

⁶⁶⁰ Nutrición para el Desarrollo Claves del éxito del modelo Chile. Ministerio de Salud Pública; 2010 LOM Ediciones, pág. 27.

⁶⁶¹ PEREZ LUÑO; Tercera Generación de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi S.A. 2006 pág. 17.

⁶⁶² PEREZ LUÑO; Tercera Generación de Derechos Humanos, Thomson Aranzadi S.A. 2006 pág. 17.

⁶⁶³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos; La Dimensión Objetiva de los Derechos Sociales; Cuadernos de Derecho Constitucional Librerías Bosch, 2010 pág. 18.

protección, ello a través de medidas aplicables a la generalidad de los casos y no un acceso global basado en la singularidad. De esta manera, la defensa y protección de los derechos económicos y culturales, demanda normas objetivas, con alcance efectivo en su cumplimiento real, en lo que sea políticamente posible, evitando una defensa subjetiva para todos los individuos sin una concreción objetiva de su alcance.

La internacionalización de los derechos fundamentales viene ligada al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el derecho internacional⁶⁶⁴, superando una concepción absoluta de soberanía del Estado. La evolución hacia una internacionalización una evolución de instrumentos internacionales que han implicado una reivindicación de su carácter supraestatal y universal; una ampliación de los sujetos activos y un reconocimiento de la subjetividad internacional del individuo y además una evolución de los instrumentos dirigidos tanto a su formulación, como a su tutela y garantía.

5.4.4 Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)

La subjetividad del derecho, está dada por la facultad de poder exigir la prestación reconocida por el derecho objetivo y cuya protección debe ser velada por los tribunales. Se distingue en los DESC⁶⁶⁵, la diferencia entre falta de medios (*inability*) o falta de voluntad (*unwillingness*) de un Estado. Implican para el Estado la primera de éstas una imposibilidad y, la segunda, un incumplimiento.

En la versión subjetiva de los derechos, la problemática⁶⁶⁶ está en su implementación, en la obtención de pautas para poder visualizar los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con la garantía que se trate, y la institución que debe velar y proteger su implementación.

Los DESC como derechos, deben calificarse como sociales, según Contreras Peláez citado por Chacón, en la medida que se concretan, mediante diversos tipos de

⁶⁶⁴ PEREZ LUÑO, ANTONIO E.; Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución S.A., Editorial Tecnos 1984 pág. 129.

⁶⁶⁵ Comentario General N.º 12 sobre el derecho a la alimentación.

⁶⁶⁶ CHACÓN MATA, Alfonso Manuel, Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Indicadores y Justiciabilidad, año 2007 Vol 43 Cuadernos Deusto Derechos Humanos pág. 17.

prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.

Del mismo modo, los DESC, deben tener un *contenido mínimo absoluto* Alston y un contenido normativo que no debe ser indeterminado, de modo que imposibilite que los titulares carezcan de un derecho a algo en particular y a ejercer una reclamación, ante una violación por parte del Estado, cuando no se entrega la prestación del derecho garantizado.

El reconocimiento de los DESC, como derecho fundamental, asimilable en valor a los derechos civiles y políticos con el tiempo ha ganado mayor aceptación y ha aumentado tanto su aplicabilidad como su justiciabilidad, esto a nivel nacional e internacional.

Con respecto al Derecho a una Alimentación Adecuada, a partir de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación en 1996 en Roma, se ha destacado de manera creciente, la relevancia del Derecho a una Alimentación Adecuada, como directriz para la lucha contra el hambre y la desnutrición⁶⁶⁷. La mala calidad de la alimentación de los menores, está extremadamente vinculada con la aparición de diversas enfermedades. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU sostuvo, que se clarificó el contenido de Derecho a una Alimentación Adecuada y sus obligaciones para los Estados en 1999. Del mismo modo, en 2004 los miembros de la FAO, aprobaron las directrices de lo que debe entenderse como una alimentación adecuada, concepto que debe ir evolucionando, de acuerdo al nivel de desarrollo de cada país.

Los Estados, ante los derechos a una alimentación y nutrición adecuada de las personas, surgen como principio de trato igualitario que los niños y sus padres puedan ejercer sus derechos y libertades, sin discriminación. Ello supone obligaciones positivas y negativas de los Estados y que aseguren ningún niño o adulto con secuelas sea discriminado de manera alguna⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ WOLPOLD-BOSIEN, Martin et al., Food is a Human Right; Policies against Hunger VII, 2009.

⁶⁶⁸ ZEAGLER, Jean. Preliminary Study on Severe Malnutrition and Childhood Diseases with Children Affected by Noma as an Example. Anexo del A/HRC/AC/7/CRP.2, Human Rights Council Advisory Committee Seventh session. 2011.

El concepto de “nivel de vida” es muy relevante⁶⁶⁹, como un común denominador de los DESC, que termina siendo un indicador del nivel de desarrollo del país. La Corte Interamericana, por su parte, ha sentado precedente en relación con la interpretación de lo que debe entender por derecho a una “vida digna”, es más profundo que el no ser privado arbitrariamente de la vida, comprende que no se le impida el acceso a condiciones que garanticen una existencia digna y acciones que impidan la privación del derecho, lo que ha sido reiterado en otros casos, como: Pueblo Indígena de Sarayaku; Pueblo indígena de Kankuamo; Comunidad Mayagna; Comunidad Indígena Yakye Axa; Niños de la Calle; Instituto de Reeducción del Menor y Comunidad Indígena Sawhoyamaxa⁶⁷⁰.

5.4.5 Observación General N.º 12, derecho a una alimentación adecuada

Complementando los DESC, se propuso la Observación General N.º 12 del 2009⁶⁷¹, a fin de facilitar y promover su implementación, identificar defectos y sugerir mejoras, se plantearon importantes comentarios.

Los alimentos deben estar disponibles adecuadamente, en cantidades suficientes y teniendo en consideración las condiciones sociales, culturales y ambientales, respetando las tradiciones culturales de los pueblos.

Deberá, asimismo, tenerse presente la sustentabilidad futura de los alimentos; accesibilidad física y económica de los alimentos y los éstos deben ser inocuos y no contener ningún tipo de elemento nocivo para la salud.

“Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes, inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre”⁶⁷².

⁶⁶⁹ VENTURA, Manuel ; Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, Revista Internacional de Derechos Humanos Vol 40, 2004.

⁶⁷⁰ CURUTCHET, Eduardo; Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Derechos Indígenas 2007, pág. 6.

⁶⁷¹ E/C.12/1999/5.

⁶⁷² Observación General N.º 12 Párrafo 14.

El N.º 32 de la Observación General, plantea la necesidad de garantizar el acceso a recursos judiciales adecuados u otros recursos apropiados en plano nacional e internacional. Entonces, se hace necesaria la existencia de recursos en caso de violación. Las violaciones pueden producirse por acción y omisión del Estado, por esto que deberá demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles. Se plantea garantizar la reparación de las víctimas de la violación al derecho, ya sea en forma de restitución, indemnización, compensación o garantía de no repetición.

Si el Estado no garantiza y protege una información que cumpla con los estándares nutricionales que se recomiendan por las instituciones de salud multilaterales, creemos que no estaría cumpliendo, asimismo, con las obligaciones de “respetar, proteger y facilitar” el derecho a la alimentación.

5.5 Calidad alimentaria

Hoy se está ampliando la tendencia de los países más avanzados en busca de una calidad total, esto es, “[...] *calidad conseguida por una empresa en todas las facetas que abarca su actividad, elaboración, proceso productivo, producto, atención al cliente, relación con los consumidores, todo ello, ajustándose a unas normas europeas y certificadas por un organismo independiente*”⁶⁷³.

Se trata entonces, de una verdadera trazabilidad de los procesos, proveedores, rotulación, cadena de distribución y cadena de frío, cuando sea procedente, eliminando posibilidades que en los procesos intermedios se vean afectados los alimentos por alteraciones que impidan o deterioren la calidad al ser consumida.

Para velar por la calidad alimentaria, se requieren altos estándares (esto implica un proceso de revisión y mejora constante), que incluya las mejores prácticas de fabricación y distribución, sistema de análisis de puntos críticos⁶⁷⁴.

Factores que definen la calidad alimentaria⁶⁷⁵:

⁶⁷³ LOPEZ- ALMANSA, Elena, *Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"*; Tirant lo Blanch 2009 pág. 56.

⁶⁷⁴ LOPEZ- ALMANSA, Elena, *Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"*; Tirant lo Blanch 2009 pág. 77.

⁶⁷⁵ LOPEZ- ALMANSA, Elena, *Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"*; Tirant lo Blanch 2009 pág. 281.

- Calidad como seguridad alimentaria.
- Calidad nutritiva.
- Calidad definida por las características organolépticas (tales como colorantes, potenciadores de sabor, edulcorantes y sustancias aromáticas).
- La diferenciación comercial y la información al consumidor.
- Adaptación a las actuales formas de vida.
- Calidad diferenciada.
- Calidad ligada a factores socioculturales (sustentabilidad, evitar maltrato animal).

Una mala calidad alimentaria puede, en casos extremos, afectar gravemente la salud de la población a través de⁶⁷⁶ problemas tales como: enfermedades de origen biológico; trastornos nutricionales; tóxicos naturales; tóxicos ambientales y residuales y tóxicos tecnológicos.

5.5.1 Chile y su situación alimentaria

Una reciente legislación de rotulación y alimentación en Chile⁶⁷⁷, que recoge la preocupación por los índices de obesidad que tiene Chile (los más altos de la región) y, probablemente, como una consecuencia negativa del crecimiento económico del país de varias décadas. Esta ley, en concreto, se ha enfocado (con altos niveles de polarización entre las bancadas políticas) en la posibilidad de prohibir la venta en las cercanías de establecimientos educacionales tanto básicos como universitarios de alimentos de alto contenido calórico, además de incluir nuevas normas y estándares de rotulación de los contenidos nutricionales, con advertencias más explícitas para los consumidores.

La atención primordial de las autoridades chilenas ha sido enfocada en eliminar el hambre y la falta de alimentos básicos. Sin embargo, la calidad de los alimentos. La mala calidad nutricional de la alimentación, tiene algún tiempo en nuestro país, según

⁶⁷⁶ LOPEZ- ALMANSA, Elena, Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"; Tirant lo Blanch 2009 pág. 83.

⁶⁷⁷ Ley N.º 20.606. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 6 de junio de 2012.

Mariana Bravo, ya en el año 1964⁶⁷⁸ se aprecian los defectos en la alimentación chilena, en el que se observan excesos de harinas, cereales y muchas frituras con grasa.

Por su parte, en 2001 la FAO comentaba en un informe respecto de Chile que *“las mejores condiciones de vida, el ingreso y los programas sociales han mejorado el acceso a nuevos alimentos, lo que sumado al sedentarismo de la población por lo cambios de hábitos, contribuyen al sobrepeso y la obesidad”*⁶⁷⁹.

La reducción de los índices de pobreza e indigencia ha impactado positivamente, dejando atrás la denominada “trampa hambre-pobreza”. En la actualidad, la desnutrición crónica la prevalencia promedio actual es 2,0%⁶⁸⁰, muy por debajo de la región, los índices muestran resultados positivos con una prevalencia muy baja de déficit nutricional 2,4% de riesgo y 0,3% de desnutrición.

Asimismo, se pueden destacar como logros relevantes, avances en áreas como reducción de la mortalidad infantil en menores de cinco años (TMM5), Chile ocupa el lugar 148⁶⁸¹, con una tasa de mortalidad de 9 por mil nacidos vivos, situándose muy por debajo de la media Latinoamericana. El modelo chileno⁶⁸² se basaba fundamentalmente en el énfasis del bienestar social y servicios gratuitos para mejorar la desnutrición, se produjeron resultados positivos, aunque dicho modelo se consideró que no era propicio para ser replicado en otros países, se destacaba la importancia de los servicios básicos de salud para mejorar la nutrición.

Existen varias entidades chilenas públicas y privadas que contribuyeron a la mejora de las políticas estatales de intervención nutricional⁶⁸³ “Departamento de Nutrición, Facultad de Medicina, Universidad de Chile, 1969; Centro Tecnológico de la Leche, Universidad Austral de Chile, 1970; Comité Proteico Industrial, 1970;

⁶⁷⁸ BRAVO, Mariana; Cocina Polpular, Ed Grijalbo 2008 pág. 11.

⁶⁷⁹ FAO Perfiles Nutricionales por Países, año 2001, pág. 4.

⁶⁸⁰ Nutrición para el Desarrollo Claves del éxito del modelo Chile. Ministerio de Salud Pública LOM Editores, Ministerio de Salud de Chile 2010 pág. http://web.minsal.cl/sites/default/files/files/Nutrici%C3%B3n%20para%20el%20Desarrollo_%20El%20modelo%20chileno_%20MINSAL%202010.pdf.

⁶⁸¹ Nutrición para el Desarrollo Claves del éxito del modelo Chile. Ministerio de Salud Pública LOM Editores, Ministerio de Salud de Chile 2010 pág. 24.

⁶⁸² BOURGES, Héctor ET AL COORD, José Bengoa, Alejandro O'Donnell (coord.) Histórias de la Nutrición en América Latina, Sociedad Latinoamericana de Nutrición (SLAN) 2011, pág. 34.

⁶⁸³ Nutrición para el Desarrollo Claves del éxito del modelo Chile. Ministerio de Salud Pública LOM Editores, Ministerio de Salud de Chile 2010 pág. 73.

Departamento de Nutrición y Tecnología de los Alimentos, Sede Sur, Universidad de Chile, 1973; Consejo Nacional para la Alimentación y Nutrición, 1974; Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos, Universidad de Chile, 1976; Corporación para la Nutrición Infantil (CONIN), 1976; Instituto de Ciencia y Tecnología de los Alimentos, Universidad Austral de Chile, 1983; Programa de Alimentación Complementaria del Adulto Mayor (PACAM) 1999; Programa de Alimentación Complementaria (PNAC), que desde el año 2003 reforzó e incluyó nuevos alimentos; Programa de Alimentación Escolar de JUNAEB (PAE); Programa de Nutrición del Ministerio de Salud y Programa Nacional de Alimentación Complementaria del Programa de Atención Materno Infantil”.

Datos de Nutrición de Chile. Se pueden apreciar la existencia de brechas en el consumo que se pueden identificar en los siguientes subgrupos:

- Nivel socioeconómico.
- Zona de residencia.
- Edad.

Los índices⁶⁸⁴ muestran elementos preocupantes, en especial, bajo consumo de pescado (17%) en un país de extensas costas y donde pescados y mariscos debieran ser más asequibles y baratos. El consumo de legumbres (24%), en un país agrícola como Chile, relevan que los factores educacionales son determinantes en los bajos consumos. Solo el caso de verduras y frutas superan levemente el 50%, lo que ya va dando muestras de algunas de las causas de la mala nutrición y la tendencia al exceso de sobrepeso en la población chilena.

Menores y Escolares.

De acuerdo con los datos de la Encuesta Nacional de Salud del Gobierno de Chile del Ministerio de Salud, en 2010, la tendencia en cuanto a aumentos de exceso de peso de la población ha crecido, generando preocupación de las autoridades y provocando una revisión de las políticas públicas. En efecto, en 2003 un 61% de la población se consideraba dentro de una de las siguientes categorías: Sobrepeso, Obesidad y Obesidad Mórbida. Este porcentaje aumentó en el año 2010, un 67%.

⁶⁸⁴ Encuesta Nacional de Consumo Alimentario Chile 2010-2011.

Los datos han impulsado sendas planificaciones del gobierno, en línea con programas internacionales de reducción del exceso de peso y obesidad, como EGO (estrategia global contra la obesidad) del Ministerio de Salud.

Un 25,1% de la población chilena es obesa. Esta cifra, que ya es preocupante, se plantea como crítica si se considera a los niños, en 2013 un 10,3% de los menores de 6 años, esperando reducirlo a 6% y un 22,4% de los niños presenta sobrepeso, lo que implica que uno de cada tres niños está por encima del peso normal. Éstos datos se deben contrastar con la baja percepción de la población respecto de su propia condición de sobrepeso, sólo un 4% cree tener sobrepeso u obesidad (Manejo Alimentario del Adulto con Sobrepeso u Obesidad)⁶⁸⁵, lo anterior no puede sino alertarnos de la necesidad de programas que eduquen y expliquen mejor los índices, la manera de autodeterminación con una información adecuada (ya sea por el índice de masa corporal o la circunferencia de cintura).

Los objetivos planteados a principios de la década de reducir la prevalencia de obesidad de escolares fue considerada por las autoridades de salud de Chile, como de avances discretos e incluso en retroceso.

El gobierno de Chile, por su parte, fijó nuevas metas sanitarias de reducir los actuales niveles en 30% al año 2020. Todo lo anterior, se complementa con bajos niveles de actividad física regular (10% población adulta), lo que constituye un factor de riesgo adicional a la salud pública. Lamentablemente, según estudios del Inta del 2013⁶⁸⁶ y, a pesar de las campañas públicas contra la obesidad infantil, la tendencia es que sigue en preocupante aumento.

Respecto de los menores, es muy relevante implementar las recomendaciones de la OMS, en su 63ª Asamblea Mundial de la Salud, que haciendo eco de la preocupación de los altos niveles de obesidad y sobrepeso en menores de 5 años, sugiere algunas estrategias de políticas públicas, marcos normativos y vigilancia, para restringir la publicidad y la promoción de alimentos y bebidas no alcohólicas, dirigidas a niños según la Organización Mundial de la Salud⁶⁸⁷, de manera que sugiere adoptar medidas recomendadas para una adecuada promoción de alimentos y bebidas cuando

⁶⁸⁵ Encuesta Calidad de Vida y Salud, 2002.

⁶⁸⁶ www.inta.cl (acceso 5 de Julio de 2015).

⁶⁸⁷ Octava sesión plenaria, 21 de mayo de 2010 - Comisión A, cuarto informe. 63ª Asamblea Mundial de la Salud, OMS (WHA63.14).

se dirige a menores, con un enfoque normativo adecuado a las características de cada país y con políticas que reduzcan la publicidad de alimentos ricos en grasas saturadas, azúcares y sal con un sistema que permita monitorear y evaluar el éxito de las medidas de protección y cooperando con la sociedad civil.

Adultos Mayores.

En 2009, los datos oficiales mostraban un 29,2% en situación de sobrepeso y 21,5% como obesidad. Lo que se suma a las estadísticas de crecimiento de problemas de salud de la población mundial. Se trata de un grupo de alto riesgo por el incremento de enfermedades muy delicadas en la etapa final de la vida y con alto costo para la salud pública, que podría reducirse a través de campañas educativas.

Consumo de Sal: De acuerdo con la Encuesta Nacional de Salud 2009-2010, el consumo de sal en Chile es 9,8g, y supera largamente las recomendaciones de la OMS, de 5g.

Asimismo, la recomendación de consumo de 5 o más porciones de fruta diaria, alcanza a nivel nacional bastante bajo, de solo un 15,7%, Estrategia de Intervención Nutricional a través del Ciclo Vital para la Prevención de Obesidad y otras Enfermedades No Transmisibles EINC⁶⁸⁸.

Enmarcado en los objetivos sanitarios de la década, incentivado por la OMS y que incluye objetivos desarrollados en la Estrategia Global contra la Obesidad (EGO Chile)⁶⁸⁹.

Los objetivos del programa EGO son según el Ministerio de Salud⁶⁹⁰: fomentar políticas y planes de acción destinados a mejorar los hábitos alimentarios y aumentar la actividad física en la población, en ello se deberán integrar principios tales como sustentabilidad, participación social y equidad en la salud.

⁶⁸⁸ Estrategia de Intervención Nutricional a través del Ciclo Vital para la Prevención de Obesidad y otras Enfermedades No Transmisibles EINC; Subsecretaría de Redes Asistenciales/ División de Atención Primaria/ Departamento de Coordinación de Programas Unidad de Alimentos y Nutrición en Redes; Mayo 2010.

⁶⁸⁹ Subsecretaría de Redes Asistenciales/ División de Atención Primaria/ Departamento de Coordinación de Programas Unidad de Alimentos y Nutrición en Redes; Departamento de Coordinación de Programas Unidad de Alimentos y Nutrición en Redes 2ª edición, Mayo 2010.

⁶⁹⁰ Ministerio de Salud Evaluación del Ministerio de Salud. Cumbre de Nutrición y Salud – Valparaíso Chile 2008, Cumbre de Nutrición y Salud – Valparaíso Chile 2008.

Se planteó, asimismo, que una reformulación de los planes, se debe enfatizar a los profesionales de la salud la importancia de enfrentar la epidemia de la obesidad, mediante un trabajo multidisciplinario y coordinado y, complementado con programas y políticas de Salud Pública que aborden determinantes sociales y estructurales, todos ellos, necesarios para la construcción de una sociedad más saludable.

Los ejes del plan de intervención son los siguientes⁶⁹¹:

- Relevar el tema nutricional en el ámbito del equipo de salud y población.
- Incorporar la Consejería en alimentación saludable y actividad física en todos los controles habituales de la mujer y de la niña(o).
- Cautelar el aumento de peso excesivo durante el embarazo.
- Promover la recuperación del estado nutricional pre-gestacional.
- Promover la lactancia materna.
- Intervenir oportunamente en la infancia.
- Prevenir las enfermedades transmitidas por alimentos con la promoción de hábitos de higiene y manipulación de alimentos en el hogar.
- Usar las redes de apoyo.

La obesidad y el sobrepeso facilitan la ocurrencia de varias enfermedades en los adultos chilenos (alta prevalencia de hipertensión arterial (35%), hipercolesterolemia (35%), hipertrigliceridemia (30%), intolerancia a la glucosa (16%) y diabetes (4%)⁶⁹². Es claro entonces, que toda estrategia de reducción de la obesidad, pasa por una educación orientada a promover una la alimentación adecuada, una correcta selección de alimentos saludables y en cantidades apropiadas.

⁶⁹¹ Estrategia de Intervención Nutricional a través del Ciclo Vital para la Prevención de Obesidad y otras Enfermedades No Transmisibles EINCv; Subsecretaría de Redes Asistenciales/ División de Atención Primaria/ Departamento de Coordinación de Programas Unidad de Alimentos y Nutrición en Redes; Mayo 2010 pág. 20.

⁶⁹² Estrategia de Intervención Nutricional a través del Ciclo Vital para la Prevención de Obesidad y otras Enfermedades No Transmisibles EINCv; Subsecretaría de Redes Asistenciales/ División de Atención Primaria/ Departamento de Coordinación de Programas Unidad de Alimentos y Nutrición en Redes; Mayo 2010 pág. 10.

5.6 Desiertos alimentarios (*food deserts*)

Los desiertos alimentarios, son “áreas [...] con acceso limitado a alimentos nutricionales y de un precio razonable, particularmente, en áreas conformadas predominantemente por habitantes de bajo poder adquisitivo”⁶⁹³.

Varios autores han planteado que los costos y el fácil acceso de alimentos saludables son clave para mejorar la nutrición de la población, incluso la cercanía con un supermercado reduciría el riesgo de obesidad. De acuerdo con la evidencia⁶⁹⁴, la necesidad de ofrecer a los estudiantes vegetales, y alimentos saludables. Esto es especialmente así, para personas de bajos recursos y para los que los *snack* saludables, no son un sustituto adecuado para los jóvenes. Otros autores⁶⁹⁵, llegan más lejos en sus investigaciones y concluyen, que las comunidades que carecen de tiendas de vegetales y con opciones de comida balanceada, tienen mayores probabilidades de incrementar muertes prematuras y condiciones de salud crónicas, manteniendo otras variables constantes como diabetes⁶⁹⁶. Por lo tanto, la mayor distancia a locales de vegetales pueden incrementar los niveles de obesidad de la población.

El factor que incrementaría el problema de la obesidad sería el acceso a todo tipo de comida⁶⁹⁷, más que la falta de acceso a comida saludable. En ese mismo sentido, se ha medido la relación entre la distancia de los colegios y de lugares de comida *fast food* o de restaurantes más completos, lo que incidiría en los niveles de obesidad⁶⁹⁸.

El estudio del USDA intenta dilucidar respecto de las diferencias de precios en las comidas más nutritivas en que las tiendas pequeñas tienen precios mayores que los supermercados en el caso de EEUU y que existen razones de mercado, del conocimiento de los consumidores y de costes fijos mayores, en que se aprecia que

⁶⁹³ traducción propia United States Department of Agriculture <http://apps.ams.usda.gov/fooddeserts/fooddeserts.aspx> (acceso 14 de julio de 2015).

⁶⁹⁴ BAUER, Katherine, <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2011/01/23/can-wal-mart-make-us-healthier/access-to-healthy-foods-and-lower-prices-matter> (acceso 17 de julio de 20105)

⁶⁹⁵ traducción propia, Gallagher Mari; Examining the Impact of Food Deserts on Public Health in CHICAGO - July 18, 2006.

⁶⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 32.

⁶⁹⁷ United States Department of Agriculture, Report to the Congress: Access to Affordable and Nutritious Food: Measuring and Understanding Food Deserts and Their Consequences 2009 junio, pág. V.

⁶⁹⁸ CURRIE ET AL. (2009) The Effects Of Fast Food Restaurants On Obesity American Economic Journal: Economic Policy 2 (August 2010): 32–63.

existen menores espacios para acceder a alimentos saludables en las zonas denominadas “desiertos alimentarios”.

La ausencia de una rotulación adecuada y la escasa información nutricional y de calidad que se entrega a los ciudadanos, nos parece que también conforma un desierto alimentario, que aleja a los consumidores, aún con el interés de poder acceder a alimentos de mejor nivel nutricional, ya que la información no es completa, sustantiva ni sirve al propósito de la elección.

Los Estados, según la FAO⁶⁹⁹, deberían establecer sistemas de información y cartografía sobre la inseguridad alimentaria y la vulnerabilidad (SICIAV), a fin de identificar grupos y hogares especialmente vulnerables a la inseguridad alimentaria, así como las razones de ello.

La presencia de desiertos alimentarios podría afectar la asequibilidad⁷⁰⁰, es decir, la posibilidad, tanto física como económica, de alcanzar algo: asequibilidad física significa que los alimentos deben ser asequibles a todas las personas, incluidas las físicamente vulnerables, como los niños, los ancianos o las personas con discapacidad. Sobre este particular, existe muy poca investigación pública que permita llegar a conclusiones idénticas respecto de Chile, pero se puede especular que en las grandes urbes como Santiago, existiría una similar tendencia a la generación de áreas físicas dentro de la ciudad y que presentarían las características de desiertos alimentarios, con supermercados y tiendas de vegetales y frutas alejados de los barrios más pobres. Ello puede deberse a la dificultad de abastecimiento o factores de delincuencia que desincentivan a las cadenas de alimentos a instalarse en algunas zonas urbanas.

De lo anterior, podemos concluir, la urgente necesidad de realizar estudios rigurosos sobre la existencia de desiertos alimentarios para enfocar políticas públicas en el sentido de facilitar un acceso a alimentos de mejor valor nutricional.

La encuesta citada⁷⁰¹ parece demostrar que el problema de malos hábitos alimenticios respecto de Chile, no sería un factor relevante la ubicación en zonas rurales o urbanas, ya que, salvo respecto de las legumbres, en todos los valores, aparece

⁶⁹⁹ FAO Directrices Voluntarias; en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. FAO, 2005. pág. 27.

⁷⁰⁰ DE SCHUTTER, Olivier; "Agribusiness and the right to food". Report presented to the Human Rights Council, [A/HRC/13/33].

⁷⁰¹ Encuesta Nacional de Consumo Alimentario Chile 2010-2011.

mejor el comportamiento de los habitantes de las urbes. En todo caso, dado que se trata de un estudio de carácter más específico, se requeriría analizar si dentro de las ciudades más pobladas (Santiago, Concepción y Valparaíso) existen desiertos en algunas zonas más pobres.

Es preocupante que 28,3%⁷⁰² de la población rural excede su ingesta de requerimientos energéticos y sumado al 20,9%, alcance a más del 50% de la población con una ingesta cercana a o superior al 100% de los requerimientos.

5.7 Justiciabilidad

“Sólo a través de una justicia efectiva, instituciones fidedignas y un sistema jurídico orientado hacia el derecho humano a la alimentación, los titulares de derechos podrán hacer responder a los obligados a garantizar su seguridad alimentaria”⁷⁰³”.

Parece necesario que debemos evaluar si ante la responsabilidad del Estado podríamos encontrar fuentes para hacer efectivo ante los tribunales el ejercicio del derecho, en particular, si se habla de omisión de las obligaciones del Estado.

Para plantear adecuadamente la posibilidad de una justiciabilidad efectiva, primero, debe distinguirse de la exigibilidad del derecho de alimentación. En concreto, es “la legitimación activa para interponer reclamaciones por su violación”⁷⁰⁴.

Existe violación⁷⁰⁵ al derecho a la alimentación mediante acción directa del Estado o por causa de una insuficiente regulación, ello incluye entre otras posibilidades, fracasar en la regulación de actividades de grupos o individuos de modo de prevenir que el derecho de otros sea violado y la falla del Estado en tomar en

⁷⁰² Encuesta Nacional de Consumo Alimentario Chile 2010-2011.

⁷⁰³ El derecho A la alimentación En la práctica Aplicación a nivel nacional; FAO 2006 pág. 16.

⁷⁰⁴ LOPEZ- ALMANSA, Elena, Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"; Tirant lo Blanch 2009 pág. 36.

⁷⁰⁵ EIDE, Asbjørn, The Right to Food: From vision to Substance, For an Effective Right to Adequate Food; Collection Interdisciplinaire University Press Fribourg Switzerland 2002, pág. 41.

consideración sus obligaciones internacionales al momento de acordar nuevas obligaciones internacionales.

Condiciones de preexistencia de la justiciabilidad⁷⁰⁶:

- El derecho a la alimentación, debe ser preciso, tanto en su contenido, como en las obligaciones del Estado. Esto permitirá determinar la existencia de una violación.

- Que existan procedimientos que faculden a la persona afectada recurrir a una institución. De esta manera, podrá determinarse por una entidad independiente la existencia de la violación del derecho, en un caso particular, por parte del Estado.

5.8 Etiquetados y descriptores nutricionales de los alimentos

Los descriptores nutricionales son “[...] las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un producto alimenticio que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín que acompañen o se refieran a un producto alimenticio”⁷⁰⁷. El etiquetado informa al consumidor respecto de los contenidos nutricionales y facilita una decisión que hace responsable a quien elige respecto de una decisión de comida saludable.

Favorece la aplicación de principios nutricionales sólidos en la preparación de los alimentos en beneficio de la salud pública.

La normativa internacional ha evolucionado hacia una convergencia y estandarización, influenciada por la ley de 1990, sobre etiquetado de productos nutritivos y educación en los Estados Unidos NLEA (Nutrition Labeling and Education Act), en esta norma han participado distintas agencias (FDA, FSIS y USDA). En el caso de Chile, la normativa internacional está contenida en el DS N.º 57 del año 2005, que modificó el DS N.º 977/96 (Reglamento Sanitario de Alimentos) del Ministerio de Salud, haciendo obligatoria la inclusión de los descriptores nutricionales y su función es destacar las propiedades beneficiosas de un alimento. Toda etiqueta que contenga palabras que hagan suponer que un alimento posee características nutricionales especiales, dichas características contenidas deberán indicarse con claridad. Del mismo modo, la normativa obliga a que, si se hace uso de

⁷⁰⁶ LOPEZ- ALMANSA, Elena; Contra el hambre: Derecho a la alimentación y régimen internacional de "ayuda alimentaria al desarrollo"; Tirant lo Blanch 2009 pág. 175.

⁷⁰⁷ Art 3.1 Real Decreto 1334/1999 España de 31 de julio.

palabras de fantasía, tales como: “*light*”, “*diet*”, “*cero*”, delgadísimo u otras de semejantes significación, siempre deberán acompañarse de forma destacada de su descriptor nutricional.

Los etiquetados nutricionales incluyen una declaración de las Propiedades Saludables, Declaración de los Nutrientes y las Propiedades Nutricionales, cada una de ellas, para incluir una denominación deberá cumplir con el Reglamento Nutricional, ya que dichos mensajes indican características de los alimentos y que pueden inducir a errores en los consumidores, si no cumplen con los estándares preestablecidos.

El etiquetado de los alimentos cumple una función significativa en la elección que deben realizar los consumidores para mejorar sus dietas alimenticias, de hecho la Guía Alimentaria para la Población de mayo de 2013, establece recomendaciones de textos para a través de “*un conjunto de mensajes educativos que adaptan los conocimientos científicos sobre alimentación y actividad física a las necesidades de información de la población en general, considerando factores de salud y socioculturales*”⁷⁰⁸.

Entre las recomendaciones, merece la pena destacar la recomendación número 11: “[l]ee y compara las etiquetas de los alimentos y prefiere los que tengan menos grasas, azúcar y sal”, como afirma la guía, estas recomendaciones se centran prioritariamente en los alimentos, destacando el valor de éstos para mantener un peso saludable y una salud óptima, a través de una alimentación que asegure la mantención de un balance energético y una ingesta apropiada de nutrientes esenciales. La inclusión de este mensaje en las guías contribuirá a educar a la población para que utilice el etiquetado nutricional como una herramienta para seleccionar alimentos más sanos. Esta conclusión se basa en el supuesto que la información sea adecuada, fácil de comprender, contenga los elementos esenciales y que no se incluya información o elementos que induzcan a equívocos.

Rotulación⁷⁰⁹: Se trata de inscripciones, leyendas o ilustraciones contenidas en el rótulo, que informan acerca de las características de un producto alimenticio; con

⁷⁰⁸ http://www.inta.cl/doc_noticias/GUIAS_ALIMENTARIAS_2013.pdf (acceso 20 de junio de 2015).

⁷⁰⁹ ZACARÍAS, Isabel & VEGA, Gloria; Selección de Alimentos, Uso del Etiquetado Nutricional para una Alimentación Saludable Manual de consulta para profesionales de la salud, Inta-Ministerio de Salud 2005.

datos de respecto de las características del alimento, tales como: “*contenido, nombre del fabricante; origen; información del Servicio de Salud que autorizó el producto; fecha elaboración o envase; fecha de vencimiento o plazo de duración del producto; ingredientes y aditivos e instrucciones de almacenamiento y uso*”.

Declaración de propiedades saludables⁷¹⁰, que asocian un alimento y su condición de saludable, ya sea por sus características o propiedades, lo que permite incluir alimentos asociados a grasas, calcio, sodio, dietas bajas en grasas y ricas en fibras, entre otras.

Un reporte del año 2008, concluyó que en Chile, “*se conoce la existencia del etiquetado, sin embargo, no hay un entendimiento y comprensión [clara] de éste, lo que afecta el interés de la lectura del Etiquetado Nutricional Obligatorio de Alimentos (ENOA). Además, se observa con desconfianza los valores rotulados en el ENOA y el real contenido de los alimentos, por lo que se sugiere una certificación de estos valores en el ENOA*”.

Recomendaciones⁷¹¹ según Brignardello y Gac: Estandarizar la ubicación; promover una campaña educativa; complementar el etiquetado con información adicional; que las proporciones utilicen medidas más comunes y fáciles, para la comprensión de los consumidores; normas técnicas sobre directrices nutricionales para la declaración de propiedades saludables de los alimentos⁷¹². La necesidad de entregar información a la población, respecto de los productos alimenticios y sus ingredientes, en relación a la potencial alergenidad de determinados alimentos⁷¹³.

5.8.1 Ley de alimentación y rotulación

Ley 20.606 de 2012, sobre la composición nutricional de los alimentos y su publicidad, que modifica materias actualmente reguladas por el Reglamento Sanitario de los Alimentos, aprobado por Decreto N.º 977 de 1997 y Decreto N.º 115, de 2003, ambos del Ministerio de Salud.

⁷¹⁰ ZACARÍAS, Isabel & VEGA, Gloria; *Ibíd.* pág. 25.

⁷¹¹ BRIGNARDELLO, Jerusa Y GAC, Daniella; Evaluación Nivel de Comprensión de Etiquetado Nutricional grupos focales sobre propuestas de etiquetado nutricional de alimentos. 2008.

⁷¹² Resolución Exenta N.º 764/09.

⁷¹³ Decreto Supremo N.º 88 del Ministerio de Salud de 2010.

Los objetivos del Proyecto de Ley⁷¹⁴:

Son establecer un marco regulatorio específico sobre seguridad alimentaria y alimentación saludable, que mejore las conductas e informe los riesgos a la salud de una mala alimentación. Asimismo, el propósito es fijar normas sobre producción, distribución, comercialización y que contenga una señalética adecuada y clara sobre la calidad y cantidad de los alimentos y que mejoren la salud.

La reciente ley, establece nuevas obligaciones para los fabricantes, distribuidores e importadores de alimentos, plantea exigencias de rotulaciones, en especial, respecto de grasas totales, grasas saturadas, grasas trans, azúcar, sodio, fibra y calcio.

La prohibición de adicionar, a los alimentos y comidas preparadas, ingredientes o aditivos innecesarios de acuerdo a la naturaleza propia del alimento, o que con su adición generen una impresión que puedan inducir a equívocos, engaños o falsedades, o que de alguna forma, sean susceptibles de crear una impresión errónea respecto a la naturaleza, composición o calidad del producto y del contenido de nutrientes indicadores de la calidad del alimento, según el art 3.º Ley 20.606 de 2012.

El texto de la ley de composición de nutricional y publicidad establece asimismo, la obligación para los establecimientos educacionales de incluir en sus programas de estudios, en todos sus niveles de enseñanza, hábitos de una alimentación saludable y los efectos nocivos de una dieta excesiva en grasas, grasas saturadas, azúcares, sodio y otros alimentos cuyo consumo, en determinadas cantidades o volúmenes, pueden representar un riesgo para la salud según el art 4.º Ley 20.606 del 2012.

Propone una nomenclatura más precisa de las características alimenticias y la prohibición comercializar dentro de establecimientos educacionales de educación básica y media, a menos de 100 metros de distancia de aquellos alimentos cuyos nutrientes sean considerados como excesivos y estableciendo multas para los infractores según los art 2.º y 5.º de la Ley 20.606 del 2012).

El proyecto en su inicio generó un apoyo transversal de los partidos políticos, durante su tramitación fue objeto de modificaciones y adiciones. Diversas polémicas⁷¹⁵ según Castillo, 2011, en cuanto a que la industria estaría buscando evitar que se restrinja la comercialización y de trabas a la publicidad, que podrían afectar el negocio.

⁷¹⁴ Boletín del Congreso N° 4.921-11.

⁷¹⁵ CASTILLO, Nota de Ciperchile www.ciperchile.cl (acceso 16 de julio de 2015).

El reglamento Decreto N.º 12, de la Ley 20.606 fue dictado en diciembre de 2013, sin embargo, ha sido criticado por Magdalena Araya del INTA⁷¹⁶, por inconsistencias y no incorporar aspectos técnicos relevantes para la eficacia de la ley.

Contiene expresiones imprecisas y que confunden al consumidor, en vez de orientarlo, afectando en definitiva el espíritu de la nueva legislación. Otras críticas por parte de Libertad y Desarrollo⁷¹⁷, van del lado del “problema de discrecionalidad y arbitrariedad” en los rangos que fija la autoridad y que no debe considerarse que las grasas y azúcares son dañinas per sé, sino que debe educarse a la población para mantener adecuados niveles en su consumo, pero no eliminarlas.

La reciente ley chilena, es un interesante, aunque resistido, esfuerzo por mejorar los estándares de transparencia activa para informar de manera simple y clara al consumidor, de los elementos que contienen los alimentos y se ha procurado incluir advertencias infográficas, que hagan saber cuándo existen excesos de sustancias menos saludables como sodio o azúcares.

5.9 Examen de la alimentación desde la jurisprudencia Consejo para la Transparencia

5.9.1 Caso de información del uso de antibióticos en el cultivo de salmones

Se interpuso recurso contra Servicio Nacional de Pesca, la que resultó en la denegación parcial, lo que fue criticado por la ONG Océana, que interpuso el recurso, señalando que “[l]a transparencia, es la única forma que tiene la ciudadanía para saber si las prácticas de las salmoneras afectan o no su salud y el medioambiente. Nos parece un grave error privilegiar los intereses comerciales privados de las empresas sobre la protección de los derechos fundamentales de las personas”⁷¹⁸.

Según informa el diario El Mostrador, al incurrir en aviso de los antibióticos, se genera una resistencia bacteriana en los peces, lo que de acuerdo a la OMS, se podría

⁷¹⁶ARAYA, Magdalena

http://www.inta.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=558:decreto-que-modifica-reglamento-sanitario-de-los-alimentos-contiene-errores-inconsistencias-y-no-respeto-el-espíritu-de-la-ley-20606&catid=53:opinion&Itemid=134 (acceso 16 de Julio de 2015).

⁷¹⁷ www.lyd.cl (acceso 16 de Julio de 2015).

⁷¹⁸ <http://m.elmostrador.cl/pais/2015/04/21/consejo-para-la-transparencia-acceso-a-informacion-sobre-antibioticos-usados-por-salmoneras/> (acceso 29 de abril de 2015).

afectar en definitiva la salud de la población lo que se incrementa con el daño por contaminación en los fondos marinos que afectan el ecosistema por los desechos, todo lo que requiere transparentar la presencia y las circunstancias del uso de químicos y fármacos, los que además se deberían informar a los consumidores para su evaluación en la decisión de consumo.

5.9.2 Nueva Ley de rotulación de alimentos

La Ley 20.606, ha sido objeto de apasionados debates, en los que pareciera que las partes no solo están en riberas opuestas, sino que lo que está en juego es casi un tema de supervivencia vital.

La referida ley del año 2012, actualizó la normativa de composición nutricional de los alimentos y su publicidad. En ella se indica el que rótulo debe contener información “íntegra y veraz”⁷¹⁹, ello dado la relevancia de tratarse de alimentos, pero en especial, porque los consumidores muchas veces tienen por desconocimiento, por descuido o por simple falta de información preferencias de alimentos que no son los más adecuados por su calidad o por la cantidad de veces que los comen a una alimentación.

Ello sumado a los preocupantes y crecientes datos de sobrepeso de la población chilena o derechamente de obesidad que han revelado una lucha fallida de las políticas públicas, como la Estrategia Global contra la Obesidad (EGO) impulsada por las instituciones de salud pública desde 2009. Según datos de la OCDE, Chile es el 5.º país con mayores niveles de obesidad del mundo, lo que resulta especialmente preocupante, si se observa que entre los menores de 6 años el porcentaje es de 10%, el que aumenta a 25% en el primer año de enseñanza básica.

El que los alimentos contengan rótulos que indiquen los elementos nutritivos y su porcentaje recomendado para una dieta diaria, parecen no ser suficientes para una población que tiene además altos índice de pasividad y bajo consumo de vegetales y frutas. Los niños y los adultos mayores son segmentos de la población que revelan niveles de sobrepeso en alto riesgo y en ello la transparencia y el acceso a la información parecen jugar un rol muy relevante.

⁷¹⁹ Art 1.º Ley 20.606.

Del mismo modo, la información relativa a alimentos transgénicos u organismos genéticamente modificados (OGM) son parte del mismo debate, aunque en normativas separadas. El consumidor tiene que tener el derecho a elegir infamadamente lo que desea consumir, si en los alimentos existe una alteración genética, es derecho del consumidor conocer la trazabilidad del proceso de producción de dichos alimentos, o como señala la Unión Europea, en su concepto de “coexistencia” que nos lleva al mismo derecho de elección entre alimentos con o sin modificación genética.

En este texto propondremos un análisis de la normativa nacional vigente, los compromisos y estándares internacionales como el Codex Alimentarius, a la luz del debate de la transparencia.

La transparencia se contrapone a la opacidad y a la ignorancia, el desconocimiento de los ciudadanos y de los consumidores, no debería ser algo deseable, aunque Smithson, afirma que no sólo no sería negativa, sino que “la ignorancia es socialmente productiva⁷²⁰”, esta sorprendente e inesperada afirmación podría no ser tan alejada de la realidad y de situaciones donde podría el conocimiento de los detalles, generar problemas de cohesión social o niveles de incertidumbre inadecuados. La falta de información adecuada produce incertidumbre afirma el mismo autor Smithson, ya que según explica Ramón Ramos, la incertidumbre técnico científica, que tiene incidencia en la aplicación del principio de precaución, existiría una vinculación entre la incertidumbre y la acción de los poderes públicos, en los que por carecer de evidencia científica de los efectos nocivos que podrían tener los alimentos transgénicos o bien del consumo de otros alimentos que sea por sus cantidades puedan ser dañinos a la salud, harían conveniente o una acción gubernamental de precaución o dejar que esta incertidumbre por falta del respaldo de la información científica, terminen estimulando el desarrollo de una actividad que bien podría tener efectos nocivos, aunque fuere parciales, nos insinúa Ramón Ramos⁷²¹ que podríamos estar ante un caso de construcción social de la ignorancia y en ello se confrontan el rol de la autoridad pública y sus mandatos técnicos y de salud

⁷²⁰ Citado por ALBERGAMO, María ED. La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 31.

⁷²¹ RAMONS, Ramón, ALBERGAMO María ED. Opacidad y Complejidad” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 29.

y protección de la población, y en el que el principio prudencial debiera ser la anticipación y no la reacción a los eventos de salud.

Del mismo modo, la falta de indicaciones de los orígenes y trazabilidad de los alimentos y de los cultivos, sumados a la incertidumbre tecno-científica, alientan al desarrollo de industrias que podrían ver restringidos su desarrollo con la simple indicación de sus reales condiciones de producción. En este sentido parece factible pensar que una información menos fidedigna, imprecisa o que se refiera a aspectos menos significativos podría ser un incentivo para los productores de alimentos que pudieran ser cuestionados o su consumo en exceso, nocivo para la salud, ante ello la menor información o la incertidumbre puede bien ser una fortaleza para quien convenga y en especial ante las asimetrías del manejo de información técnica, una buena ventaja a la cual se puede sacar provecho.

5.10 Etiquetados y descriptores nutricionales de los alimentos

Los descriptores nutricionales son “[...] *las menciones, indicaciones, marcas de fábrica o comerciales, dibujos o signos relacionados con un producto alimenticio que figuren en cualquier envase, documento, rótulo, etiqueta, faja o collarín que acompañen o se refieran a un producto alimenticio*”⁷²². El etiquetado informa al consumidor respecto de los contenidos nutricionales y facilita una decisión que hace responsable a quien elige respecto de una decisión de comida saludable.

El rotulado de los alimentos, favorece la aplicación de principios nutricionales sólidos en la preparación de los alimentos en beneficio de la salud pública.

La normativa internacional ha evolucionado hacia una convergencia y estandarización, influenciada por la ley de 1990, sobre etiquetado de productos nutritivos y educación en los Estados Unidos NLEA (Nutrition Labeling and Education Act), en esta norma han participado distintas agencias (FDA, FSIS y USDA).

En el caso de Chile, la normativa internacional está contenida en el DS N.º 57 del año 2005, que modificó el DS N.º 977/96 (Reglamento Sanitario de Alimentos)

⁷²² art 3.1 del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio.

del Ministerio de Salud, haciendo obligatoria la inclusión de los descriptores nutricionales y su función, es destacar las propiedades beneficiosas de un alimento.

Toda etiqueta que contenga palabras que hagan suponer que un alimento posee características nutricionales especiales, dichas características contenidas deberán indicarse con claridad. Del mismo modo, la normativa obliga a que, si se hace uso de palabras de fantasía, tales como: “*light*”, “*diet*”, “*cero*”, delgadísimo u otras de semejantes significación, siempre deberán acompañarse de forma destacada de su descriptor nutricional.

Los etiquetados nutricionales incluyen una declaración de las “Propiedades Saludables, Declaración de los Nutrientes y las Propiedades Nutricionales”, cada una de ellas, para incluir una denominación deberá cumplir con el Reglamento Nutricional, ya que dichos mensajes indican características de los alimentos y que pueden inducir a errores en los consumidores, si no cumplen con los estándares preestablecidos.

Rotulación⁷²³: Se trata de inscripciones, leyendas o ilustraciones contenidas en el rótulo, que informan acerca de las características de un producto alimenticio; con datos de respecto de las características del alimento, tales como: “contenido, nombre del fabricante; origen; información del Servicio de Salud que autorizó el producto; fecha elaboración o envase; fecha de vencimiento o plazo de duración del producto; ingredientes y aditivos e instrucciones de almacenamiento y uso.

Declaración de propiedades saludables⁷²⁴, que asocian un alimento y su condición de saludable, ya sea por sus características o propiedades, lo que permite incluir alimentos asociados a grasas, calcio, sodio, dietas bajas en grasas y ricas en fibras, entre otras.

Un reporte del año 2008, concluyó que en Chile “[...] *se conoce la existencia del etiquetado, sin embargo, no hay un entendimiento y comprensión [clara] de éste, lo que afecta el interés de la lectura del Etiquetado Nutricional Obligatorio de Alimentos (ENOA). Además, se observa con desconfianza los valores rotulados en el ENOA y el real*

⁷²³ ZACARÍAS, Isabel Y VERA, Gloria Eds. Selección de Alimentos, Uso del Etiquetado Nutricional para una Alimentación Saludable Manual de consulta para profesionales de la salud 2005 http://www.sochinut.cl/pdf/Recomendaciones/Manual_etiquetado_nutricional.pdf (acceso 21 de julio de 2015)

⁷²⁴ ZACARÍAS, Isabel Y VERA, Gloria Eds. Ibíd.

*contenido de los alimentos, por lo que se sugiere una certificación de estos valores en el ENOA*⁷²⁵.

Las recomendaciones del informe son: estandarizar la ubicación; promover una campaña educativa; complementar el etiquetado con información adicional; que las proporciones utilicen medidas más comunes y fáciles, para la comprensión de los consumidores; normas técnicas sobre directrices nutricionales para la declaración de propiedades saludables de los alimentos⁷²⁶; necesidad de entregar información a la población, respecto de los productos alimenticios y sus ingredientes, en relación a la potencial alergenicidad de determinados alimentos⁷²⁷.

5.11 Normativa

La rotulación o etiquetado nutricional⁷²⁸, es aquella descripción destinada a informar al consumidor de las propiedades nutricionales de un producto alimenticio que incluye los nutrientes y la información nutricional complementaria. El Decreto N.º 977, no especifica con claridad información que deba incluirse en alimentos para consumo humano que sean genéticamente modificados, aunque si hace una mención genérica a alimentos Biotecnológicos que deben figurar en una nómina dictada por el Ministerio de Salud, mediante una ficha técnica, pero no se obliga a la inclusión del rotulado de tratarse de alimentos genéticamente modificados⁷²⁹, cosa que tampoco está en las recomendaciones del Codex Alimentarius, salvo una mínima indicación en el numeral 4.2.2⁷³⁰ de la Normas general de etiquetados de alimentos preenvasados, de alimentos o ingredientes alimentarios obtenidos por medio de la biotecnología, la presencia de alergen transferidos.

El propósito de la normativa de rotulación de alimentos, es dar una adecuada información a los consumidores y a los padres, para orientar su adecuado consumo y

⁷²⁵ BRIGNARDELLO, Jerusa Y GAC, Daniella; Evaluación Nivel de Comprensión de Etiquetado Nutricional, Junio de 2008.

http://www.bibliotecaminsal.cl/lildbi/docsonline/1/1/1211-Resumen_Grupos_focales_sobre_propuestas_de_etiquetado_nutricional_de_alimentos.pdf (acceso 14 de julio de 2015).

⁷²⁶ Resolución Exenta N.º 764/09.

⁷²⁷ Decreto Supremo N.º 88 del Ministerio de Salud de 2010.

⁷²⁸ art 106 n.º 28 del Decreto N.º 977.

⁷²⁹ Art 3.º Decreto 977 de 1996 del Ministerio de Salud.

⁷³⁰ CODEX STAN 1-1985, Rev. 1-1991.

a través de la información, permitir y fomentar una nutrición balanceada. No se trata, como pueden pretender algunos sectores de una prohibición, ni una restricción del consumo de alimentos que en exceso podrían ser menos adecuados en una nutrición saludable.

Los intereses y derechos involucrados, se encuentran en un aparente conflicto, es decir, no pueden prohibirse un alimento por el hecho que su exceso pueda causar un problema de salud, ya que en niveles inadecuados cualquier alimento o líquido podría generar externalidades de salud. Por el contrario, se trata de orientar, informar y cuando proceda educar a la población para que libremente decida qué y cómo consumir, favoreciendo, estimulando y promoviendo una nutrición sana, de acuerdo con los compromisos internacionales del Codex y las recomendaciones de la OMS. Ello no obsta a que en casos particulares, pueda ser recomendable restringir el acceso a alimentos con excesos de azúcares o sodio en establecimientos educativos de menores, por ejemplo, en los que sin prohibir su venta se permita y promuevan otros alimentos cuya combinación conduzca a una alimentación balanceada.

El art 2.º de la ley 20.606, establece la obligación de los productores, distribuidores e importadores de informar en los envases y etiquetas los ingredientes, incluyendo aditivos, información nutricional. La forma y características de dicha información queda a la determinación del Ministerio de Salud y es precisamente este reglamento el que ha generado una creciente diferencia entre los actores y en el último tiempo, ya habiéndose dictado el reglamento respectivo⁷³¹, que modificó la reglamentación existente del Decreto Supremo 977 de 1996.

Para el Codex Alimentarius, el etiquetado es el instrumento de comunicación primordial entre el productor, el vendedor y el consumidor de los alimentos, las que han sido refundidas en normas y directrices. En su numeral 4, se indican los elementos obligatorios del etiquetado de alimentos preenvasados, entre los que se señalan: nombre del alimento; lista de ingredientes; clases de ingredientes; contenido neto y peso escurrido; nombre y dirección del fabricante; país de origen; identificación del lote; fecha e instrucciones de conservación y las instrucciones para su uso.

Del mismo modo, el Codex señala directrices para etiquetado obligatorio de aditivos alimentarios preenvasados, ya sea que se vendan o no al por menor⁷³². Las

⁷³¹ Decreto N.º 12 del Ministerio de Salud de abril de 2013.

⁷³² Codex Alimentarius, N.º 4 y N.º 5 Norma general del codex para el etiquetado de los alimentos

recomendaciones que se indican en el Codex, se refieren también al etiquetado de aditivos alimentarios que se venden como tales⁷³³ y un Régimen Especial⁷³⁴ para la declaración de las propiedades de alimentos preenvasados que detallan los contenidos del etiquetado.

En cuanto al Etiquetado Nutricional⁷³⁵, entre los parámetros que emplea el Codex, se indica que el propósito fundamental de las Directrices⁷³⁶, además de evitar falsedades y equívocos, facilitar datos sobre los alimentos para que el consumidor pueda elegir con discernimiento, ello explicita los demás objetivos de salud pública y la inclusión de información complementaria. Se debe ofrecer a los consumidores un perfil adecuado de los nutrientes contenidos en un alimento y tenga importancia nutricional.

La información que entregue el etiquetado debe incluir dos componentes: declaración de nutrientes y declaración de propiedades nutricionales.

La normativa incluida en las directrices del Codex, debe interpretarse en armonía con otros acuerdos como las Observaciones Generales N.º12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷³⁷, en las que se establece el derecho a una alimentación adecuada, que implica no solo la protección contra el hambre, sino que respecto de la mal nutrición⁷³⁸, en el que el concepto de adecuación de la alimentación, juega un rol importante, en el que deben los Estados se comprometen a asegurar la disponibilidad (libre de sustancias nocivas) y accesibilidad (sostenibles).

Se trata de una obligación progresiva y que debe ir incrementándose, de acuerdo a las capacidades de los Estados y que pueda satisfacer las necesidades alimentarias⁷³⁹ y que considere los aspectos culturales de cada grupo humano. Las Directrices del Codex para el Uso de Declaraciones Nutricionales fueron adoptadas por la Comisión del Codex Alimentarius en su 22.º período de sesiones (1997) y enmendadas en su

preenvasados; Codex STAN 1-1985, Rev. 1-1991.

⁷³³ CODEX STAN 107-1981.

⁷³⁴ CODEX STAN 146-1985.

⁷³⁵ CAC/GL 2-1985, Rev. 1 – 1993.

⁷³⁶ CAC/GL 2-1985, Rev. 1 – 1993.

⁷³⁷ 20.º período de sesiones, (1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).

⁷³⁸ Art 11 del Pacto de los DESC.

⁷³⁹ Art 9 de la Observación General N.º 12.

24.º período de sesiones (2004), ellas forman parte de diversas normas de rotulación de alimentos.

La información del etiquetado debe revisarse periódicamente, de modo de mantener un listado de nutrientes. En el caso de contener alergénicos, si no es posible especificarlos y advertir su existencia en el etiquetado, debe impedirse su comercialización.

Por otro lado, cuando deben incluirse declaraciones de contener propiedades saludables, debe existir una consistencia con las políticas de salud pública, apoyarse en evidencia científica, y proveer información verídica y no engañosa⁷⁴⁰ para ayudar al consumidor a elegir dietas saludables, y ser apoyadas por una educación específica para el consumidor.

5.11.1 Normativa de químicos utilizados como plaguicidas

La OMS⁷⁴¹ y la FAO⁷⁴² publicitan una lista de plaguicidas que han caído en desuso o se han descubierto evidencias de contraindicaciones, por lo que ya se encuentran prohibidos para ser empleados en alimentos o cultivos de consumo humano.

Recientemente, en marzo de 2015, la agencia internacional para la investigación sobre el cáncer (IARC), comunicó que el glifosato, según se afirma es el herbicida más vendido en el mundo y empleado en cultivos agrícolas, fue clasificado como “probablemente cancerígeno”, dentro del grupo 2.^a, es decir, existen pruebas suficientes pero no concluyentes que puede causar cáncer. Es el segundo grupo de mayor gravedad, antes que este grupo están el asbesto, benceno y arsénico. El glifosato, se lo utiliza regularmente hace 40 años en más de 140 países. Se espera que el Codex Alimentarius realice una reevaluación.

⁷⁴⁰ CAC/GL 23 1997 Etiquetado de Alimentos 5ª Edición organización mundial de la salud organización de las naciones unidas para la agricultura y la alimentación Roma, 2007.

⁷⁴¹ http://www.who.int/ipcs/publications/pesticides_hazard/en/# (acceso 30 de marzo de 2015).

⁷⁴² <http://www.fao.org/agriculture/crops/obsolete-pesticides/what-dealing/obs-pes/es/> (acceso 30 de marzo de 2015).

¿de qué manera se informa a los consumidores este tipo de información? ¿se trata de una información inhabilitante para seguir vendiendo a los productos? Según los representantes de Monsanto no serían algo tan grave que implique la prohibición, pero eso debemos dejarlo a los consumidores informados de tomar una decisión.

5.11.2 Rotulación alimentos con altos contenidos

El problema es un problema de información y de comprensión de la información que se entrega a los consumidores, ya que el mero hecho de cumplir con una formalidad, no servirá al propósito, de hecho existe una escasa y vaga interpretación de la información, relativa familiarización con los conceptos relativos a algunos nutrientes, confusión entre nutrientes y sus funciones⁷⁴³.

El Decreto N.º 12 de abril de 2013, que implementa la ley 20.606, establece nuevos estándares en las obligaciones de rotulación de los alimentos, lo que incluye íconos que advierten cuando los alimentos contienen altos índices de azúcares, calorías, sodio o grasas, fundamentado en la necesidad de informar a la población sobre el contenido de los alimentos que consume, de manera de permitirles controlar los excesos innecesarios de ingesta, evitando problemas de obesidad. Fijando en una tabla que se agregan al artículo 120 del Decreto 977, estableciendo límites por porción en gramos, miligramos y Kcalorías, según distintas categorías de alimentos, tales como helados, chocolates, masas, condimentos como Kétchup o mayonesa, bebidas y jugos, cereales, margarinas y mantequillas, leches y yogurts. Lo que se criticó de inmediato que la comida denominada “*fast food*” o “chatarra”, no fue incluida en la reglamentación que debía incluir en su información los mismos estándares. Luego de una polémica pública y el cambio de gobierno en marzo de 2014, se derogó el reglamento que establecía la normativa específica para la implementación de la ley 20.606.

Complementando la misma referida ley de rotulación, se dictó el Decreto 28 de junio de 2013, del Ministerio de Salud, en el que fijaron estándares gráficos en la publicidad de alimentos, del programa “Elige Vivir Sano”, para informar a la población que les permita adquirir buenos hábitos de salud equilibrados. Se plantearon

⁷⁴³ ZACARÍAS, Isabel; OLIVARES, Sonia; ARAYA, Magalena; RODRÍGUEZ, Lorena; Etiquetado Nutricional de los Alimentos en Chile Revista de la Industria de Alimentos y del Packaging, junio 2011 pág. 85.

restricciones a la publicidad dirigida a menores de 14 años de alimentos con altos índices en grasas, grasas saturadas, azúcares, sodio y otros ingredientes que la autoridad sanitaria considere nocivos.

Como si se tratara de una disputa, donde no hay acuerdo posible, un año después se dicta una norma que modifica los decretos 12 y 28, argumentando que los referidos decretos dificultan la correcta aplicación y confunden al consumidor respecto del contenido de los nutrientes en los alimentos. Se rectifica el que los alimentos contengan en sus envases la contradicción del uso del logo del programa Vivir Sano y a la vez, contener una advertencia que resalta las propiedades negativas de los nutrientes que contengan algunos alimentos y por ello, sostiene el texto del 14 de junio de 2014, no cumpliría con el objetivo de una información que permita a los consumidores conocer la composición nutricional y el contenido de los ingredientes⁷⁴⁴.

Cabe señalar que, una vez promulgada la normativa legal se dictaron los decretos que establecían la reglamentación de la ley, los que fueron objeto de reparos y observaciones por parte de la Contraloría General de la República mediante Dictamen 62071, año 2013, lo que puede llamar la atención es la pretensión del ejecutivo de ampliar la extensión de la facultad legal más allá del ámbito concreto al que se le faculta, ya que según señala el órgano Contralor, algunas disposiciones del Decreto 12 “[...] establecen reglas generales relativas a la rotulación y publicidad de los alimentos”, cuando la ley estaba destinada únicamente a alimentos “[...] que, por su unidad de peso o volumen, o por porción de consumo, presenten en su composición nutricional elevados contenidos de calorías, grasas, azúcares, sal u otros ingredientes que el reglamento determine”. Lo que acertadamente es observado por el Contralor, que afirma que la potestad reglamentaria “[...] se limite a regular aquellos alimentos a que hace referencia el mencionado inciso cuarto del artículo 6° de la ley N.º 20.606, y no de manera general como ocurre en la especie”⁷⁴⁵.

Se abrió el 19 de agosto de 2014, un periodo de consultas de un nuevo texto de borrador de un decreto que modificará el decreto N.º 977, incluyendo expresiones que declaran “exceso” de grasas saturadas, azúcares, sodio o calorías, y los rótulos

⁷⁴⁴ Considerando 9.º del decreto del Ministerio de Salud del 14 de junio de 2014.

⁷⁴⁵ Dictamen: N.º 62.071 Fecha: 27-IX-2013 Contraloría General de la República de Chile.

respectivos que deben insertarse en los envases, lo que posiblemente implique un desincentivo al consumo.

El borrador que se abrió a la consulta ciudadana del Ministerio de Salud⁷⁴⁶, durante 60 días previo a su aprobación definitiva. El referido borrador de decreto, también fundamenta su objetivo en la conveniencia de informar a la población sobre la composición nutricional, para contribuir la ingesta excesiva de un elevado nivel de grasas saturadas, sodio, azúcares y energía. El proyecto en comento parece enfocarse mayormente en la publicidad⁷⁴⁷ que favorezca el consumo excesivo de alimentos que contienen altos contenidos de las sustancias referidas.

El representante de las empresas productoras de alimentos, Rodrigo Álvarez⁷⁴⁸, ha advertido la inconveniencia de incluir menciones que más que informar, desorienten y dificulten la toma de decisiones de los consumidores, en efecto, al plantearse “un disco Pare negro como símbolo de advertencia simboliza una prohibición y no la entrega de información a la ciudadanía. Implica advertir de riesgos inminentes para las personas”. Agrega que, es el propio Codex Alimentario el que sugiere que no es conveniente emplear etiquetas que puedan inducir al temor por algún alimento, lo que además afecta a productos a los que se les ha reducido sus niveles de sodio a cerca de la mitad y no será posible indicar que son “*light*” ya que deben llevar idénticas leyendas que la sal común.

A su vez, el Ex Embajador de Chile ante la OMC Alejandro Jara⁷⁴⁹, señala críticamente que la propuesta chilena de etiquetado no cumpliría con los estándares internacionales, que excede la preocupación por la salud y que las medidas deben aplicarse de manera que no constituyan una discriminación arbitraria y no sean utilizadas con fines proteccionistas, agrega que Chile sería el único país que recurriría a advertencias y restricciones tan altas, quedando expuesto a demandas de Estados ante la OMC por eventuales incumplimientos de los compromisos. La ausencia de fundamentos científicos⁷⁵⁰ se critica para establecer limitaciones que podrían entabrar

⁷⁴⁶ http://web.minsal.cl/consultas_publicas_vigentes (acceso 8 de octubre de 2014).

⁷⁴⁷ Considerandos 3, 4, 5 y 6 del borrador del decreto que modifican el Decreto 12 y Decreto 28

⁷⁴⁸ <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2014/10/895-598312-9-etiquetado-de-alimentos.shtml> (acceso diciembre de 2014).

⁷⁴⁹ Diario el Mercurio 18 de diciembre de 2014 pág. A2.

⁷⁵⁰ Diario El Pulso; Jueves 29 de noviembre de 2014, pág. 31.

el comercio y las experiencias internacionales son menos restrictivas que las que se proponen.

El Subsecretario de Salud de Chile Jaime Burrow, explica que el objetivo de la nueva rotulación de los alimentos es que cuando un alimento de una categoría contenga niveles nutrientes críticos (sodio, azúcar, etc.) no debe omitirse la información necesaria para el consumidor. La industria deberá asumir el proceso de ajuste de sus procesos y de la rotulación de los alimentos. Ante el proceso que no ha concluido, ya existen 30 países⁷⁵¹ que han presentado sus reparos, observaciones y consultas respecto de los posibles impactos o incluso incumplimiento de las obligaciones como integrante de la OMC, ello ante el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio OTC.

En el Comité OTC, cerca de un 30% de las preocupaciones planteadas por los países miembros de la OMC se refirieron a la salud de la población, en particular alimentos y bebidas y de sus requisitos de etiquetado⁷⁵². En junio de 2014, se plantearon 46 inquietudes de los miembros, pero no se logró llegar a un acuerdo para proponer buenas prácticas, lo que revela las dificultades de hacer conciliar intereses de países industrializados y otros que ven con preocupación los efectos perniciosos de la carencia de un rotulado adecuado, como herramienta de política pública para reducir la obesidad y el sobrepeso de la población, desalentando el consumo excesivo de alimentos malsanos.

Por otro lado, los países productores quieren evitar que las excesivas exigencias puedan transformarse en trabas inadecuadas que obstaculizan el comercio. Estos últimos países plantearon sus dudas respecto de si se trata de advertencias sanitarias excesivamente alarmistas sobre los alimentos por su contenido de azúcar, sal y grasas insaturadas, restrinjan la publicidad o que se esté proporcionando un tiempo a los demás miembros para hacer las observaciones y en definitiva, puedan adaptarse sin ser una traba comercial. Se espera que pueda surgir un consenso de buenas prácticas con principios y medidas de aplicación voluntaria.

Previo a la dictación de la ley chilena y que establecía cambios normativos a la rotulación de alimentos, se realizaron consultas públicas y notificaciones a la OMC.

⁷⁵¹ Diario El Pulso; Jueves 13 de noviembre de 2014, pág. 23.

⁷⁵² http://www.wto.org/spanish/news_s/news14_s/tbt_18jun14_s.htm#stc (acceso diciembre de 2014).

Existe la preocupación que no se planteen exigencias desmedidas que podrían constituir barreras técnicas al comercio (en sus siglas en inglés TBT) o paraarancelarias, desde luego que pueden crearse trabas que impliquen mayores costes en los etiquetados, certificaciones, traducciones y otras que hagan que los costes de producción sean mayores para los importadores, generando un posible rompimiento de un importante principio del comercio internacional, esto es el Trato Nacional, que implica dar igual tratamiento a nacionales y extranjeros que desarrollen actividades en el territorio nacional o bien que suponga trabas que impliquen el quebrantamiento de los compromisos asumidos ante la OMC, lo que desde luego debe revisarse o eliminarse cuando exista, sin embargo, la tendencia internacional es muy clara, de incrementar los niveles de información que se entreguen a los consumidores con el propósito de poder elegir libre e informadamente lo que se quiere comprar y consumir.

En la reunión del mes de mayo de 2015 de revisión de políticas comerciales, varios países como EEUU, Canadá, México, hicieron reclamos ante el Comité de Barreras Técnicas, respecto de las nuevas regulaciones chilenas, por considerar que podrían afectar los compromisos y basarse en restricciones que no estarían respaldadas por estudios científicos. 12 países hicieron consultas respecto de las implicancias de las nuevas restricciones que implicaban las exigencias de rotulación, afirma Alejandro Jara que “[...] *Chile se convirtió en el país que tiene la regulación más estricta del mundo en materia de alimentos*”⁷⁵³.

Los grupos de ONG que ya tienen mucha fortaleza y han desarrollado importantes capacidades de difusión y convocatoria están realizando un legítimo y beneficioso *accountability* y seguimiento de los productos, sus contenidos y que la información se proporcione sin sesgos o manipulaciones de marketing para evitar como dice la normativa europea de información alimentaria facilitada al consumidor “acciones y omisiones de información engañosa”⁷⁵⁴. En el considerando 3 de la referida norma europea se expresa que uno de los fundamentos es garantizar a los consumidores el derecho a la información.

La Unión Europea consideró que la legislación chilena de rotulación que establece características del etiquetado, advertencias y restricciones a la publicidad, “*afectan a una gran cantidad de productos, podrían tener un fuerte impacto en los flujos*

⁷⁵³ Diario La Tercera; 18 de Julio de 2015, Negocios, pág. 62.

⁷⁵⁴ Reglamento (UE) N.º 1169/2011.

*comerciales y serían contrarias a varios artículos del Acuerdo de Asociación UE-Chile y del Acuerdo de la OMC sobre Barreras Técnicas al Comercio*⁷⁵⁵, ello supondría el establecimiento de normas más restrictivas y violaría acuerdos internacionales, los plazos de ajustes son muy breves (6 meses), se emplean infografía que es inadecuada, con tamaños excesivos, con potenciales restricciones de logos o marcas por ser incompatibles con las restricciones publicitarias.

El camino que busca la autoridad chilena, más que informar es desincentivar el consumo y el marketing dirigido a estudiantes y niños. Esa parece ser una estrategia complementaria y no puede ser el enfoque primario de una política de salud pública que pretenda mejorar los graves trastornos de salud que se revelan y anticipan con los actuales niveles de consumo de ciertos componentes críticos (socio, azúcares, grasas, cereales sin fibra).

En el mes de junio de 2015, se retiró por parte del Ministerio de Salud el texto del reglamento que estaba en etapa de revisión por la Contraloría y pocos días después fue reingresado, y durante este trámite fue objeto de recursos por parte de distintas asociaciones, por una parte el Frente por un Chile Saludable, presentó una impugnación, ya que estimaron que

*“[...] pasa por alto uno de los principios centrales de la Ley 20.606 como es informar adecuadamente la composición nutricional de los alimentos con un alto contenido o exceso de energía (kcal), sodio, grasas saturadas y azúcares; postergando así la íntegra protección de los niños y niñas, frente a la publicidad y la venta en establecimientos educacionales, vulnerando el derecho a la protección y a vivir en un ambiente que les permita un desarrollo saludable. Esta implementación gradual del reglamento por parte del Gobierno contradice la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Chile en 1989.”*⁷⁵⁶

Se trata como afirma uno de sus representantes, de que “[e]s necesario informar a los consumidores sobre su derecho a saber qué están comprando y qué están comiendo”. Por otra parte, se opusieron por razones diversas las asociaciones de empresas de alimentos Chilealimentos y AB Chile argumentando que existían “[...] 14 supuestas inconsistencias asociadas a los límites y las categorías fijadas; la figura del

⁷⁵⁵ <http://www.barrerascomerciales.es/Fichas.aspx?ver=2013/0002> (acceso diciembre de 2014).

⁷⁵⁶ <http://fundacion.equidad.cl/noticias/106-impugnacion-de-reglamento-de-ley-super-8.html> (acceso 15 de julio de 2015).

*rótulo (disco pare), el plazo de vigencia de la ley y las restricciones en publicidad*⁷⁵⁷. Lo que tiene también diferencias por parte de la ONG *Consumers International* que propone “[...] *avanzar hacia ese tratado incluyen la necesidad de etiquetados nutricionales claros y frontales, entre otras medidas que protegen la salud de la población y orientan a los consumidores*”⁷⁵⁸.

Como se puede advertir, todo el debate se centra en el mismo objetivo, transparentar, informar y entregar acceso a la información relevante de manera simple y que permita cumplir con un propósito, tomar decisiones con los antecedentes completos. Encontramos desde luego, varios énfasis frente a este objetivo aparentemente compartido, cuál información y cómo debe orientarse a la población respecto de decisiones de consumo que puede afectar la salud pública y en especial, si se trata de menores de edad.

5.11.3 Reglamento de etiquetado de alimentos

El 26 de junio de 2015, después de largas disputas mediáticas y legales, se publicó en el Diario Oficial la modificación del Decreto Supremo N.º 977.

Entre los considerando más interesantes para este estudio, señalaremos que en el N.º 2 se afirma que, en razón de los antecedentes científicos demuestran la relación entre el consumo en exceso de grasas saturadas, sodio, azúcar y energía en la obesidad y otras enfermedades y por ello, “[...] *se hace necesario informar a la población sobre la composición nutricional de los alimentos cuando presenten excesivos contenidos de dichos nutrientes*”.

Además de prohibirse la publicidad de los alimentos cuyos contenidos nutricionales superen ciertos márgenes que se señalan en la propia normativa (art 120 bis), se prohíbe a su vez, emplear personajes, animaciones, juegos y concursos, debiendo llevar la publicidad que está dirigida a menores, mensajes que promuevan

⁷⁵⁷ http://es.consumersinternational.org/news-and-media/news/2015/06/reglamento_alim/ (acceso 15 de julio de 2015).

⁷⁵⁸ http://es.consumersinternational.org/news-and-media/news/2015/06/reglamento_alim/ (acceso 15 de julio de 2015).

hábitos saludables, además de restricciones de horarios y programas infantiles para la publicidad de esos alimentos.

En el artículo 120 bis, se obliga a rotular las características nutricionales relativas al nutriente adicionado, cuando se trate de sodio, azúcares o grasas saturadas, y su contenido supere el valor indicado en una tabla que indica los gramajes.

Deberá asimismo, destacarse las características nutricionales indicadas en el mismo artículo 120 bis, con una advertencia en el envase rotulando cada artículo con un símbolo octagonal de fondo negro y borde blanco con el texto que indique que contiene Alto en: grasas saturadas, sodio, azúcares o calorías.

Mucho más efectivo, parece ser enfocarse en una política que informe al consumidor final, que lo eduque, pero complementado con ello, que en las bases, las directrices de los productores de alimentos se logren acuerdos que informen adecuadamente de buenas prácticas alimentarias, que se incluya en la formación estudiantil programas que enseñen a los menores y a sus padres lo que constituye una alimentación adecuada, y lo que no lo forma, en ello el consumidor podrá decidir, informadamente cuándo consumir productos que son parte de los comportamientos de alimentación, pero no pueden ser la base de los nutrientes, los dulces y salados que en dosis menores y sin periodicidad de consumo, es la única manera de no afectar la mala nutrición.

Deben tenerse en consideración los objetivos de las directrices del Codex⁷⁵⁹, están facilitar al consumidor los datos de los alimentos para elegir con discernimiento, que incluyan principios nutricionales en beneficio de la salud pública, incluyendo información nutricional complementaria.

El rol de Estado en esta tarea, que forma parte de sus obligaciones, es primero, regular adecuadamente, informar y educar a la población, la normativa ciertamente debe indicar todos los ingredientes que contienen, incluyendo todos sus aditivos y su información nutricional. La prohibición como herramienta de política pública ha demostrado muchas veces su ineficacia.

La normativa recientemente aprobada dispone que fabricantes, productores, distribuidores e importadores de alimentos deban informar veraz e íntegramente en el rótulo. La información que incluya ingredientes que contienen, incluyendo todos sus

⁷⁵⁹ Directrices sobre el etiquetado nutricional (Ref. CAG/GL 2-1985).

aditivos expresados en orden decreciente de proporciones, y su información nutricional, expresada en composición porcentual, unidad de peso o bajo la nomenclatura que indiquen los reglamentos⁷⁶⁰. Si la nomenclatura es poco clara, confusa o con información técnica compleja y difícil de asimilar o transformarla a las raciones de los alimentos que se consumen habitualmente, tendrá muy bajo efecto y se dará un cumplimiento formal a un tema muy importante para la salud. Informar, pero informar bien de acuerdo con los destinatarios de la información.

Parece mucho mejor, poner los incentivos adecuados a la industria que pueda generar ganancias sobre la base de alimentar adecuadamente a la población. Del mismo modo, parece fundamental tener especiales consideraciones de evaluación, seguimiento y total transparencia en la de los contenidos y nutrientes del programa estatal de alimentación escolar de JUNAEB, en ello la transparencia juega un rol muy relevante, en especial en los procesos previos a las licitaciones, en los que los descriptores no deben limitarse solo a las unidades y tipos de alimentos que se encuentren, sino a un objetivo claro de alimentación que sea logrado de acuerdo con las recomendaciones de salud y a las directrices internacionales de la FAO y de la OMS.

En efecto, las Naciones Unidas⁷⁶¹ han elaborado propuestas para directrices internacionales para la protección de consumidores.

5.12 Análisis de casos de requerimiento de transparencia de contenidos o procesos de alimentos

a) Decisión amparo rol C1346-14: Se requirió por parte del representante de una ONG Oceana Inc., al Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura (SERNAPESCA), información relativa a los salmones y farmacéuticos que se les adicionan: *“a) Cantidad total de antibióticos usada por la industria de salmón de cultivo que opera en Chile, durante los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013;*

b) Información desagregada por tipos o clases de antibióticos usados por la industria de salmón de cultivo que opera en Chile, durante los años 2009, 2010, 2011, 2012 y

⁷⁶⁰ Art 2.º Ley 20.606 de 2012.

⁷⁶¹ Resolución N.º 39/248, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de abril de 1985, mediante la que se aprobaron las directrices internacionales para la protección de los consumidores.

2013; y,

c) *Información desagregada por empresas sobre cantidades y clases de antibióticos usados por la industria de salmón de cultivo que opera en Chile, durante los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013*”.

SERNAPESCA requirió a su vez a las empresas, por si querían expresar su oposición a la entrega de la información, de las que 50 manifestaron su negativa. Respecto de las empresas que no expresaron oposición, se entregó la información requerida.

Las oposiciones se basaron en que las empresas estimaron que no se trataba de información pública, “[...] *pues se trata de información sensible relativa a sus procesos productivos y económicos que le permite desarrollar su actividad en libre competencia.*⁷⁶²” *Se trataba de información comercial o económica de propiedad de las empresas y conformaba información sensible que no podía estar en manos de los competidores y “[...] comprende procesos de producción, técnicas y estrategias, recetas médicas, muestreo, y condiciones económicas, todas las cuales son de su propiedad exclusiva y que fueron desarrollados exclusivamente para esos fines. Constituyen parte del know-how del cual la empresa es titular en el desarrollo de su negocio*”.

Agregar que podría ser utilizada en campañas con el propósito de dañar la imagen y se trata de información vital para el desarrollo de su actividad. Al tiempo que acompañan los argumentos del consejo directivo en cuanto a que se trataría de información secreta, “*este requisito se cumple cabalmente en el caso que nos ocupa, la información requerida no es de fácil acceso para las personas que se encuentran en el círculo de la acuicultura, es precisamente por este motivo que el requirente consulta por la información en cuestión, puesto que es desconocida por él*”.

Y al mismo tiempo, han mantenido esfuerzos para mantener su secreto.

Otra de las empresas que se opone a la divulgación afirma que se cumplirían asimismo las causales de secreto empresarial en relación a un procedimiento industrial, ya que el “[...] *mantenimiento en reserva nos proporciona una ventaja competitiva, en comparación a las demás empresas del rubro y a nuestros proveedores, la valorización de nuestras concesiones, nuestro activo máspreciado para el desarrollo de nuestra actividad, cuya divulgación se ve menoscabada al darse conocimiento de sus ventajas comparativas.*

⁷⁶² Decisión de amparo C 1346-14, Descargos b) i)

*Puede darle a nuestra competencia y proveedores información privilegiada al conocer datos estratégicos de nuestra planificación productiva e inclusive de nuestras fortalezas y debilidades en cuanto a nuestra escala de costos productivos [...]*⁷⁶³.

La reclamante, señala que como ha sido ya reiterado por el Consejo, quien “[...]ha advertido que el uso de fármacos es una materia que reviste de alto interés público debido a que su uso puede generar afectación al medioambiente”.

En cuanto a una aparente contradicción ente las normas de transparencia y la norma de la ley de pesca que hace públicos determinados datos en su página web, sin embargo el Consejo estima que “[...] *Ley de Pesca se ha limitado a establecer una obligación de Transparencia Activa especial, reconociendo expresamente, en relación con el resto de la información con que cuenten los órganos vinculados a su regulación [...]*”, por lo que no existiría un conflicto real de las normas referidas y la información entregada es un importante insumo para el ejercicio del rol fiscalizador en cuanto al uso de “[...] *antimicrobianos en la producción de salmones y en el cumplimiento de la regulación sanitaria y ambiental.*”⁷⁶⁴

Lo que le parece relevante al Consejo es determinar si la información que le fue entregada al SERNAPESCA desagregada, constituye un secreto empresarial cuya divulgación afecte derechos económicos y comerciales.

Para ello, es el propio Consejo el que ha fijado que deben comprobarse determinados criterios orientadores: “*a) ser secreta, es decir, no generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza ese tipo de información; b) ser objeto de razonables esfuerzos para mantener su secreto; y c) tener un valor comercial por ser secreta, esto es, que dicho carácter proporcione a su titular una ventaja competitiva (y por el contrario, su publicidad afecte significativamente su desenvolvimiento competitivo)*”⁷⁶⁵.

Luego de un análisis de la información que ya se encuentra divulgada en la página web del servicio, se estima que la argumentación respecto de tratarse de información secreta, se vería reducido en cuanto a que la cantidad de antibióticos en

⁷⁶³ Artículo 86 ley 19.039 citado por Decisión amparo C 1346-14, Descargos b) viii).

⁷⁶⁴ Considerando 3, Decisión amparo C 1346-14.

⁷⁶⁵ Considerando 5, Decisión amparo C 1346-14.

cuanto a que las empresas tiene el carácter de único titular en las licitaciones respectivas y por ello se puede desglosar la información desde la información ya disponible⁷⁶⁶.

5.13 Transgénicos

La coexistencia, es la capacidad de escoger entre cultivos convencionales, ecológicos y modificados genéticamente cumpliendo las normas de etiquetado y de pureza (2003/556/CE), ello aconseja a los países europeos revisar las normas nacionales de responsabilidad civil en el caso de daños y modificar sus leyes.

Para la coexistencia de diferentes métodos de producción agrícola, tales como sistemas genéticamente modificados, producción ecológica, agricultura convencional, se puedan llevar a cabo simultáneamente y con cierta proximidad geográfica entre si, de tal modo que se afecten el mínimo, debiendo existir normas técnicas adecuadas. Un principio general de dichas directrices, es el acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas, informando de las propiedades y características y las de seguridad, son de vital importancia, debiendo advertirse de los peligros.

Un trato justo y equitativo a los consumidores, exige el suministro de información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones bien fundadas e independientes⁷⁶⁷, debiendo asegurarse un acceso a la información inequívoca sobre los efectos de los productos y servicios en el medio ambiente, los gobiernos deben en este sentido asegurar que no exista información capciosa.

En cuanto a la causal de haber realizado esfuerzos para mantener la protección de la información, el Consejo estima que “su éxito en cautelar el secreto de la misma es acotado”, ya que se encontraría disponible en la página web.

Finalmente, en cuanto a los datos del tipo y cantidad de antibióticos utilizados, en el caso de las Agrupaciones de Concesiones, en los que los titulares las componen empresas diversas y éstas se han opuesto, pudiendo afectar su competitividad, debido a que la reserva constituye en sí misma la ventaja competitiva, el “[...] Consejo ha arribado a la convicción de que los datos requeridos dan cuenta de la planificación

⁷⁶⁶ Considerando 10, Decisión amparo C 1346-14.

⁷⁶⁷ Letra B N.º 22 Resolución N.º 39/248, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de abril de 1985.

*estratégica de cada empresa, especialmente referida a la forma en que maneja el uso de antibióticos en su producción, por lo que constituye un bien económico estratégico, respecto del cual existe un titular que ejerce derechos de carácter comercial o económico, teniendo con ello acreditada la procedencia de la causal de reserva del artículo 21 N.º 2 de la Ley de Transparencia, lo que exige mantener su carácter de secreto, por corresponder al concepto de secreto empresarial que recoge la legislación nacional, en relación a las empresas que han concurrido con su oposición a la entrega de la misma*⁷⁶⁸.

De esta manera, el requerimiento fue acogido respecto de la mayoría de las empresas y denegado solo respecto de las empresas descritas en el párrafo anterior.

5.13.1 Definición y aplicación del concepto de coexistencia

La coexistencia es la capacidad de escoger entre cultivos convencionales, ecológicos y modificados genéticamente cumpliendo las normas de etiquetado y de pureza (2003/556/CE), ello aconseja a los países europeos revisar las normas nacionales de responsabilidad civil en el caso de daños y modificar sus leyes.

Para la coexistencia de diferentes métodos de producción agrícola tales como sistemas genéticamente modificados, producción ecológica, agricultura convencional, se puedan llevar a cabo simultáneamente y con cierta proximidad geográfica entre sí, de tal modo que se afecten el mínimo, debiendo existir normas técnicas adecuadas.

Las distancias Según Gonzalez, Víctor⁷⁶⁹, varían mucho las visiones respecto del aseguramiento de 0% contaminación y caso 10km según Holden⁷⁷⁰, rangos de 800 mts con niveles relativos cercanos a 0,5% Berth o Mueller, y algunos por distancias de 100 a 200 mts e incluso distancias de pocos metros, lo que revela que hay estudios para quien quiera demostrar la distancias que le conviene.

⁷⁶⁸ Considerando 19, Decisión amparo C 1346-14.

⁷⁶⁹ GONZALVEZ, Víctor Coord. Zonas Libres de Transgénicos, coexistencia y AE en Europa Breve informe SEAE, Febrero 2005.

<http://www.agroecologia.net/recursos/posicionamientos/transgenicos/informe%20SEAE%20ZLT%20y%20coexistencia%20en%20UE%20febrero%202005.pdf> (acceso 21 de julio de 2015).

⁷⁷⁰ HOLDEN, P. (1999). Safety of genetically modified foods is still dubious, British Medical Journal, 318; 332.

Hay un extenso debate científico y jurídico, con dos esquemas basados en medidas de coexistencia de prevención o bien esquemas de responsabilidad⁷⁷¹. La legislación sobre coexistencia no siempre anula las legislaciones y jurisprudencias pre-existentes sobre responsabilidad civil.

La coexistencia no puede ser el derecho a contaminar al vecino, no debe privar de su derecho, en cambio se debe exigir una verdadera coexistencia de cultivos y responsable por los daños. También se puede producir una contaminación involuntaria mediante el uso de maquinarias para la cosecha en las que sin la adecuada limpieza se puede contaminar, la limpieza aumenta los costos y tiempo, la falta de transparencia, aumenta los riesgos de contaminación involuntaria.

La coexistencia ha sido tomada en cuenta fundamentalmente desde el ámbito comercial, postulan Van Deynze et al.⁷⁷², debe existir también una consideración previa, respecto de la salud y la potencial contaminación de plantaciones. Para algunos autores la coexistencia no es posible, ya que las variantes de los agricultores “[...] *utilización de la rotación de cultivos, residuos de cosechas, abonos de origen animal, leguminosas, abonos verdes, desechos orgánicos no agrícolas, el cultivo mecánico, rocas minerales que soportan, y los aspectos del control biológico de plagas para mantener la productividad del suelo y la labranza, para suministrar nutrientes para las plantas, y para controlar las plagas de insectos, malezas y enfermedades*”⁷⁷³.

con preferencia de los aspectos locales y la adaptación evolutiva y natural de las especies, evitando lo que ya es un hecho demostrado como la contaminación genética, aumento de la toxicidad, efectos en el agua o el suelo, reducción de diversidad genética, no hay compatibilidad con la agricultura ecológica, impide o dificulta la rotación de los cultivos, remover los efectos de la contaminación genética en los campos vecinos, es algo imposible, según afirma el propio Altieri.

⁷⁷¹ DEVOS, Yann, DEMONT Matty, DILLEN Koen, REHEUL Dirk, KAISER, Matthias, SANVIDO, Olivier Coexistence of genetically modified (GM) and non-GM crops in the European Union. A review; Agron pág. 5.

⁷⁷² VAN DEYNZE, Allen; MARTINS, Jeannette, AND KENT J. An Analysis of Transgenic Field Trials in the United States Bradford Seed Biotechnology Center, One Shields Avenue, University of California, Davis.

⁷⁷³ ALTIERI, Miguel A.; The Myth of Coexistence: Why Transgenic Crops Are Not Compatible With Agroecologically Based Systems of Production; Bulletin of Science, Technology & Society, Vol. 25, No. 4, August 2005, 361-371.

La coexistencia hace indispensable mejorar las normas que regulan las distancias entre cultivos, según afirma Mendiola⁷⁷⁴. En lo posible, aquellas normas deberían evitar una contaminación por completo y no aceptar rangos mínimos, que terminan constituyendo una autorización legal para contaminar. Esas normas deberían ser completadas por un régimen de responsabilidad amparando a la víctima de contaminación con OGM, mediante un sistema de responsabilidad objetiva que no hagan necesario probar la culpa, lo que muchas veces es imposible. El Estado, por su parte, debe asegurar una protección adecuada de la Biodiversidad, que evite daños graves e irreversibles.

5.13.2 Descripciones normativas

Estudios de la UE han señalado al maíz como una especie de riesgo medio a alto de contaminación por cultivos similares y de transformarse luego en maleza⁷⁷⁵. Respecto del maíz, la posibilidad de contaminación transgénica de la misma especie, el estudio indica que se produce hibridación a 800 mts, se recomienda una distancia de unos 200 mts para mantener un 99% de pureza.

El establecimiento de distancias debe complementarse con la responsabilidad legal ex -post, en el caso Europeo, se deja a cada Estado la opción, se mezclan regulaciones ex -ante, a través de distancias necesarias respecto de otros cultivos y de responsabilidad posterior por la contaminación y los perjuicios resultantes, que también dependen de cada Estado miembro de la UE.

En principio, establecer un requisito de distancia mínima no será siempre neutral a cualquier escala según Soregaroli y Wesseler⁷⁷⁶ de explotación agraria porque implica costos irreversibles y condicionantes en la determinación ex ante del efecto de la política y se requiere una confirmación empírica en cada caso. Lo anterior, es válido para el caso en que los costos de responsabilidad a posteriori sean inexistentes, lo que

⁷⁷⁴ MENDIOLA, Ignacio; El Jardín Biotecnológico, Tecnociencia, Transgénicos y Biopolítica, Los Libros de la Catarata, 2006.

⁷⁷⁵ MANZUR, Isabel; Biotecnología y Biodiversidad, La Situación de los Transgénicos en Chile; Fundación Sociedades Sustentables. 2005.

⁷⁷⁶ traducción propia, SOREGAROLI, Claudio AND WESSELER, Justus; Minimum Distance Requirements and Liability: Implications for Co-Existence; 2005 MPRA Paper N.º. 33230, posted 8. September 2011.

aparece poco realista al considerar los riesgos acarreados por las biotecnologías y el rechazo general de éstas en la sociedad. La normativa Chilena establece una distancia de 200 mts de cualquier otro predio que tenga maíz y 100 mts en el caso que la línea parental materna sea OGM y la línea paterna no sea OGM y 300 mts de distancia, cuando se trate de la línea paterna de la producción de semillas sea OGM de un evento nuevo de OGM. El peligro es que ello solo se refiera al maíz comercial, sin impedir la contaminación de otras especies emparentadas silvestres, centros de origen o cultivos tradicionales y panales de abejas y son inadecuadas, si el objetivo es eliminar el riesgo de contaminación.

El productor de semillas deberá registrarse en un sistema web denominado Sistema de Organismos Vivos Modificados certificados de semillas y plantas frutales del SAG, sin embargo, según un reporte de Unión Europea de 2012 no existe en Chile controles oficiales de presencia de semillas OGM en las semillas no OGM, aunque la mayoría de las empresas productoras en Chile mantienen los estándares internacionales de 800 mts de distancia, lo que sería requerido por la asociación ANPROS.

5.13.3 Transparencia sobre localización de los cultivos

La Directiva 2001/18/CE establece la obligación de mantener un registro de la localización de los cultivos de OGM, los que deben estar disponibles para el público y productores que puedan verse afectados como los apicultores.

5.13.4 Mapa de cultivos transgénicos en Chile⁷⁷⁷

De acuerdo con la información proporcionada por el SAG y, luego de un debate respecto de la obligación de transparentar, 78% de las especies plantadas de transgénicos en Chile son cultivos de maíz para producción de semillas, las que se encuentran ubicadas en la zona central del país, la que de paso es la mejor tierra agrícola y en la que conviven con diversos cultivos aledaños, sin necesariamente una protección y garantía de inocuidad.

⁷⁷⁷ <http://consorcioapicola.cl/mapa-ogm/> (acceso 15 de Julio de 2015).

En efecto el Consejo para la Transparencia, entidad administrativa autónoma que vela por el acceso a la información pública, consideró en abril de 2010, en su considerando número 12 “[...] *en lo referido a la ubicación exacta de cultivo y acopio de semilla transgénica de exportación como también para la experimentación científica en vegetales transgénicos, este Consejo declara que dicha información es pública y que, habiéndose rechazado todas las causales de secreto o reserva legales invocadas*”⁷⁷⁸. Y que además, el “[...] *conocimiento de la información requerida permite el control social del procedimiento que utiliza el SAG para la internación y liberación en nuestro país de los OGM, así como para su fiscalización, existiendo un alto beneficio al revelar dicha información*”. En la temporada 2011-12, se produjeron unas 40.000 hectáreas de semillas, 48% en la región del Maule, de la producción total 70%, fue del tipo OGM.

El amparo C 1435-12 Marco Correa Pérez con Servicio Agrícola y Ganadero (SAG): Mediante este recurso, se requirió la siguiente información:

- copia de evaluación de riesgos para autorizar la internación e introducción al ambiente de semillas transgénicas.
- detalle del proceso de internación de un OVM (Organismo Vivo Modificado) en Chile.
- resoluciones exentas emitidas por el SAG, efectuadas en el año 2008, que autorizan la internación de semillas de maíz transgénico.

El requirente postuló que se le entregó información incompleta, lo que se pretendió rectificar por una solicitud de subsanación⁷⁷⁹, el amparo en definitiva, fue rechazado bajo los mismos considerandos del caso amparo Rol A165-09, ya que “[...] *los informes de expertos contienen, a grandes rasgos, lo siguiente: (i) empresa propietaria; (ii) características y efectos del gen; (iii) objetivo del evento a autorizar; (iv) construcción génica; (v) gen principal; (vi) marcador de selección o gen marcador que determina la presencia del gen principal; entre otras indicaciones*”.

En ambos casos, se estimó que los informes solicitados por el requirente constaban en “*documentos contienen información que puede calificarse de secreto empresarial, pues allí se consigna el desarrollo de eventos genéticos que son creados por la*

⁷⁷⁸ Amparo rol A59-09 Consejo para la Transparencia.

⁷⁷⁹ Oficio N.º 3.902, de 12 de octubre de 2012, el Consejo Directivo Consejo para la Transparencia.

empresa o persona que los somete a autorización del SAG para su internación, y respecto de cuyo aprovechamiento tienen exclusividad. De allí que su divulgación pueda afectar los derechos económicos de aquéllos”.

El mandato que tiene el SAG, es velar por que los alimentos o productos de origen animal o vegetal sean autorizados una vez realizado el respectivo análisis de riesgo y pueda demostrarse que no resultan de su introducción de efectos adversos, lo que al hablar de Organismos Vivos Genéticamente Modificados⁷⁸⁰, la evaluación se realiza mediante informes, los que son contratados directamente por la empresa interesada en la aprobación y por lo tanto, son financiados por el privado con un objetivo público, y que incide en la salud pública y en la alimentación.

Las empresas interesadas⁷⁸¹, en calidad de terceros participaron formulando sus descargos, todos ellos consideraron que el SAG no estaba autorizado para liberar el acceso al conocimiento de información, la divulgación de la información solicitada, afectaría derechos económicos de las empresas respectivas, causal del art 21 N.º2 de la ley de transparencia. El fundamento legal de la restricción del SAG, estaba en la Resolución Exenta N.º 1.523/2001, del SAG, artículo 14, que califica dicha información como reservada al señalar que la “[...] *información contenida en la solicitud y en los documentos anexos se entenderá confidencial y sólo será empleada en la evaluación para autorizar la internación y su correspondiente introducción*”. Pensamos que esta limitante, no tiene justificación desde el punto de vista del bien jurídico a proteger, la salud pública, la alimentación y en definitiva, el derecho a elegir.

Disentimos, en todo caso, de la argumentación otorgada por las empresas de alimentos que se oponen a entregar una información que impide generar un cuestionamiento de los reportes, que podrían ser confrontados científicamente, al mismo tiempo, no estamos de acuerdo con el Consejo en cuanto a que esta información tenga la naturaleza que impida su divulgación en el sentido que sostiene la ley, y que pueda causar un perjuicio a los privados, antes bien, el perjuicio es de la sociedad y de los consumidores que se ven privados de poder conocer adecuadamente informes técnicos, que no son de naturaleza estratégica de la industria, sino que

⁷⁸⁰ Resolución Exenta, No 1.523, de 2001, del SAG.

⁷⁸¹ Massai Agricultural Services, Semillas Tuniche Ltda., Semillas Pionner Chile Ltda., Pinto y Gajardo S.A., Monsanto Chile S.A., Agrícola Green Seed Ltda., Cis Semillas S.A., Agrícola Nacional S.A.C.e.I. y Semillas KWS Chile Ltda.

pertenecen a la ciencia y por ello deben poder ser evaluados adecuadamente y si adolecen de errores o nuevas opiniones que desde la ciencia permitan a la autoridad, en este caso el SAG, emitir una decisión técnicamente informada.

Parece claro que, el tema de los transgénicos ha generado posiciones extremas y muy antagónicas, pero ello, no debe ser óbice a buscar una verdad científica, en el sentido que nos propone Popper, Falabilidad, aceptar que las verdades científicas son transitorias y debemos abrirnos a la posibilidad de encontrar nueva evidencia que muestre que lo que creíamos como un dogma, podría ser confrontado con nueva evidencia objetiva. Todo lo anterior, se hace más relevante aún si hablamos de un derecho de las características de la alimentación, que forma parte del derecho a la alimentación, establecido en los DESC (el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N.º 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud⁷⁸²) y en otras observaciones generales que tienen una creciente obligatoriedad en nuestra región.

5.13.5 Caso de los informes y la ubicación de bosques

El Ccaso del Amparo Rol A 165-09, se requería a la ubicación exacta de todos los sitios donde se hayan liberado cultivos y árboles transgénicos desde 1992, en adelante. Además de las resoluciones, su fundamento y los informes y nombres de los expertos consultados para la resolución que los autoriza.

En este caso, la fundamentación tuvo en consideración tanto la normativa como la jurisprudencia europea sobre publicidad de organismos genéticos, entre las que merece la pena citar:

Directiva 2003/4/CE, del 28 de enero de 2003, sobre acceso público a la información ambiental, que establece la recomendación de poner a disposición de cualquier solicitante de información medioambiental, siendo claramente expansiva su interpretación de promover la entrega, salvo consideraciones bien explícitas como que *“[...] si su revelación puede afectar negativamente: la confidencialidad de los procedimientos de las autoridades públicas establecida por ley; las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública; la buena marcha de la justicia; la posibilidad de una persona de tener un juicio justo o la capacidad de la autoridad*

⁷⁸² Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

requerida para realizar una investigación penal o disciplinaria; la confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial cuando dicha confidencialidad esté establecida en la legislación nacional o comunitaria a fin de proteger intereses económicos legítimos, incluido el interés público de mantener la confidencialidad estadística y el secreto fiscal; los derechos de propiedad intelectual; el carácter confidencial de los datos y expedientes personales respecto de una persona física si ella no ha consentido en la revelación de la información, siempre que la confidencialidad esté prevista en el derecho nacional o comunitario; intereses o la protección de un tercero que haya facilitado voluntariamente la información solicitada, sin estar obligado a ello por ley o sin que la ley pueda obligarle a ello, salvo que haya mediado su consentimiento”⁷⁸³.

Directiva 2001/18/CE, sobre liberación intencional en el medio ambiente de OVM, de 12 de marzo de 2001. Nuevamente, la interpretación debe ser restrictiva a las posibilidades de denegar información, utiliza expresiones como “en ningún caso podrá mantenerse secreta” o que los Estados “mantendrán registros públicos de la localización”.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Commune de Sausheim y Pierre Alzelvandre*), Caso C552/07, de 17 de febrero de 2009): Este agricultor francés solicitó información de los cultivos liberados y su ubicación, situación que fue denegada, debiendo recurrir al tribunal administrativo de Estrasburgo, y luego al Tribunal de Justicia, quien estimó que la información de localización comunicada a autoridades del Estado de liberación debía ser pública.

5.14 Normativa chilena de reserva y otras normas comparadas

En cuanto a los elementos a tener en consideración de la normativa nacional, es interesante que se cita el Dictamen N.º 48.302/2007 de la Contraloría General de la República, señala que la facultad de establecer el secreto o reserva de los actos de la administración, antes entregada a acto administrativo sin rango de ley⁷⁸⁴, fue modificado y ha quedado reafirmado el rango supraconstitucional, ya que “[...] *la declaración de secreto o reserva de la información quedó radicada solamente en el legislador, específicamente en la ley de quórum calificado, con exclusión de cualquier otro órgano con*

⁷⁸³ Artículo 4.º N.º 2 Directiva 2003/4/CE.

⁷⁸⁴ Ley 18.575, art 13.

potestades normativas, debiéndose entender, por lo tanto, que desde el 26 de agosto de 2005, han quedado derogadas todas las normas legales que delegaban a un reglamento la calificación de secreto o reserva”.

Quedando derogadas todas las restricciones no legales previas de reserva.

5.14.1 La *Environmental Protection Agency* de EEUU

Tiene una mirada restrictiva de las reservas aunque las acepta respecto de los OVM, considera “[...] *que existe un fuerte interés público en muchos aspectos de la biotecnología, particularmente en la posibilidad de los efectos adversos que resulten de la liberación de un organismo genéticamente generado. Por consiguiente, es la política de la Agencia llevar a cabo, en cuanto sea posible, sus revisiones en forma abierta, de modo de otorgar oportunidad a la participación pública y crear confianza del público en los procesos de revisión*”⁷⁸⁵.

5.14.2 Controles externos para exportación⁷⁸⁶

La UE ha desarrollado inspecciones y evaluaciones de cumplimiento de estándares que aseguren que semillas que se exporten a la UE no se encuentre contaminada con semillas OGM, en particular el maíz. Las Regulaciones de la UE (2001 y 1830) requieren trazabilidad, etiquetado y asegurar la no contaminación de las semillas no OGM. Si se trata de una especie nueva se requieren 4 inspecciones (prefloreCIMIENTO, floreCIMIENTO, cosecha y post cosecha), cuando se trata de variantes ya conocidas, se rebaja a 2 controles. El reporte de la UE⁷⁸⁷, consideró que los controles oficiales desarrollados en Chile, no verifican la implementación de las medidas del productor de semillas de manera de evitar la contaminación y no se realizan inspecciones a los agricultores que multiplican semillas OGM y no OGM, donde se puede producir la contaminación, ni existe un test oficial para verificar la contaminación de las semillas a ser exportadas a la UE y los laboratorios que participan

⁷⁸⁵ Citado en AMPARO ROL A165-09 Consejo para la Transparencia.

⁷⁸⁶ Final Report and Audit 14 to 22 March 2012 in Chile In Order to Evaluate the Control System for GMO with regards to seeds intended for Export to EU (DG(SANCO) 2012-6300) EU Health and Consumers Directorate General.

⁷⁸⁷ Final Report and Audit 14 to 22 March 2012 in Chile In Order to Evaluate the Control System for GMO with regards to seeds intended for Export to EU (DG(SANCO) 2012-6300).

no se encuentran acreditados. Las implicancias de esta evaluación son muy graves ya que permiten sostener que no hay suficientes niveles de protección para el consumidor ni el exportador, generando perjuicios potenciales.

En Chile desde 1992, se autoriza la internación de semillas transgénicas con el objeto de multiplicación para la exportación, aunque no para consumo humano.

Para Manzur, el hecho que Chile autorizó el cultivo de semillas transgénicas sin evitar la contaminación a otros cultivos se debe a la ausencia de medidas de bioseguridad y ello tiene riesgos asociados. Entre los riesgos económicos según Manzur, están el que Chile no puede garantizar a los mercados de destino de las exportaciones que sus productos están libres de transgénicos, donde ya sea por requerimiento de las autoridades, los consumidores o por el potencial de mercados de nicho que pueden verse afectados.

Constituye contaminación para el Tribunal Constitucional de Chile⁷⁸⁸, *“aquella que supera los parámetros ambientales establecidos, debe acreditarse inequívocamente la presencia en el ambiente de un contaminante, en términos tales que constituya un riesgo cierto a la vida, a la salud de la población, a la conservación del ambiente o la preservación de la naturaleza, o bien que exista una situación de pública e indiscutida notoriedad de la presencia gravemente nociva en el ambiente de un contaminante”*⁷⁸⁹.

El voto de minoría letra B) n.º 13, nos recuerda que el cultivo es parte esencial de la cultura indígena y que las semillas son la vida de las comunidades, permitiéndoles sobrevivencia. Existe el temor que ciertas especies desaparezcan por el uso de variedades modificadas; algunas especies vegetales nativas son árboles sagrados, sin protección a la cultura.

5.15 Casos de contaminación genética por transgénicos

Aunque las entidades de salud pública tienen escasa capacidad para fiscalizar los efectos de los alimentos, en 2008 el INTA de la Universidad de Chile detectó organismos genéticamente modificados en 4 de 30 muestras de maíces convencionales sembrados cerca de predios que multiplican semillas transgénicas para exportación, en la región de O’Higgins.

⁷⁸⁸ Rol N.º 1988-2011-CPT 25. jun 2011.

⁷⁸⁹ Rol N.º 577/2006, consid.13.º.

En Alemania en mayo de 2013, se detuvo una partida de maíz exportado desde Chile, por estar contaminado con maíz transgénico NK603 y MON 803.

Muchas veces los propios agricultores no tienen conocimiento que las semillas que están utilizando para sus cultivos son OGM.

La posibilidad que se produzca, aun de manera involuntaria una contaminación transgénica o adventicia (sea por los vientos, la falta de limpieza de la maquinaria o simplemente por las abejas), hace indispensable que se mejoren los niveles de información y transparencia a los predios vecinos, de manera de advertir e implementar programas que consideren esta contingencia que tiene efectos culturales, económicos y también genéticos, cuando afecten a cultivos muy antiguos y vinculados con las creencias y prácticas ancestrales de algún pueblo.

Ante ello la evaluación que realizó un grupo de especialistas apoyados por la fundación alemana Heinrich Boll, que elaboró en 2011 un reporte de gran interés, llamado Biodiversidad, Erosión y Contaminación Genética del Maíz Nativo en América Latina, en este estudio se hizo un levantamiento de la situación de las siembras orgánicas y transgénicas en varios países (Colombia, Chile, Perú, Uruguay, etc.), el resultado en el ámbito que nos interesa, es particularmente revelador en la escasa y sesgada información que proveen las entidades públicas de dichos países respecto de la existencia de cultivos transgénicos.

Uruguay: el informe indica que “*no existe información oficial disponible sobre las superficies sembradas de transgénicos en los últimos años*”⁷⁹⁰, que la información del sitio web de la estatal Instituto Nacional de Semillas (INASE), no existe información disponible. Y que aunque en 2006-2007 se sembró un 64% de maíz transgénico, “*no es posible obtener los datos de las hectáreas que se han sembrado de maíz transgénico y la distribución de las siembras*”.

Perú: aunque la ley 29.571 señala que la rotulación de alimentos debe contener si se trata de alimentos transgénicos o no, se padecía sin embargo, importantes niveles de siembras ilegales de maíz transgénico, que no cuentan con trazabilidad ni están reportadas a la autoridad y por lo mismo a los consumidores finales.

El Perú radica en el Ministerio del Ambiente la protección de los OGM (Ley

⁷⁹⁰ MANZUR, Isabel; Ed. Biodiversidad, Erosión y Contaminación Genética del Maíz Nativo en América Latina” 1a edición octubre 2011, pág. 217.

N.º 29.811) y el cumplimiento de los compromisos asumidos en el Protocolo de Cartagena, estableciendo una moratoria de 10 años tanto al ingreso como la producción de OGM, fijando como objetivos poder cumplir con los requerimientos de bioseguridad de modo eficaz y transparente⁷⁹¹. En su reglamentación se establecen dentro de las funciones de la Autoridad Nacional Competente, la de “*Proporcionar información y atender consultas en el marco de la Ley N.º 29.811 y el presente Reglamento*”⁷⁹². El reglamento incluye un breve capítulo respecto de la información que otros países contengan sobre los OGM y los eventuales efectos adversos se hará uso del Centro de Intercambio de Información sobre Seguridad de la Biotecnología del Protocolo de Cartagena, y otras fuentes oficiales⁷⁹³, el que mantendrá actualizado y se mantendrá actualizados a las autoridades que se han incluido en el mismo reglamento, entre las que no están los particulares.

Chile: antes del caso que se ventiló ante el Consejo para la Transparencia, el organismo encargado SAG, no daba un adecuado y con información completa de los cultivos liberados. El informe considera que el “*cultivo de transgénicos en Chile se realiza sin suficientes medidas de bioseguridad y escasa información al público, a los agricultores y consumidores*”⁷⁹⁴.

Colombia: el informe es otra vez muy preocupante respecto de la carencia de información básica sobre los cultivos, inclusive la información oficial del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA)⁷⁹⁵ sobre el área de cultivos de maíz transgénico es limitada muestra sólo áreas generales sin desgloses, las especificaciones fueron solicitadas a la entidad pública ICA, lo que no ha permitido conocer el grado de avance y penetración de las semillas de las grandes empresas químicas que controlan el mercado mundial. Lo más preocupante según afirman los autores del citado informe, es que el propio país carece de levantamientos del maíz criollo en Colombia.

⁷⁹¹ Art 22 del Reglamento de la Ley N.º 29.811.

⁷⁹² Art 7 letra a del Reglamento de la Ley N.º 29.811.

⁷⁹³ Art 43.1 del Reglamento de la Ley N.º 29.811.

⁷⁹⁴ MANZUR, Isabel; Ed. Biodiversidad, Erosión y Contaminación Genética del Maíz Nativo en América Latina” 1a edición octubre 2011, pág. 143.

⁷⁹⁵ MANZUR, Isabel; Ed. Biodiversidad, Erosión y Contaminación Genética del Maíz Nativo en América Latina” 1a edición octubre 2011, pág. 70.

5.16 Etiquetado y transparencia

Parece casi una contradicción que las mismas empresas que defienden la protección de sus creaciones científicas mediante patentes, no quieran transparentar información relevante, a través de los etiquetados que informen de los “beneficios” de contener un insumo que se estima tan relevante y sin externalidades. El ganado es alimentado con OGM (fundamentalmente maíz y soya), sin embargo, no se informa al consumidor final de los productos cárnicos o lácteos. La norma europea de 2004⁷⁹⁶, obliga al etiquetado de los alimentos transgénicos con contenido mayor a 0,9%, respecto del pienso para comida animal y alimentos altamente procesados que no tengan ADN transgénicos como aceite y azúcar; no se establecen obligaciones para la leche o la carne, cuyos animales hayan sido alimentados con transgénicos.

El reglamento europeo n.º 1829/2003, establece un margen de tolerancia de un 0,5 % de presencia en alimentos o piensos y bajo este rango no infringe la normativa de OGM, si ello es accidental o inevitable; haya sido autorizado previo al reglamento (en una especie de derecho adquirido a los OGM); y exista transparencia de los métodos de detección.

Un etiquetado que facilite la información a los consumidores y una adecuada supervigilancia de entidades públicas y las eventuales implicancias de responsabilidad de empresas o de los Estados por no proteger adecuadamente una garantía tan esencial, quien se encuentra obligado a mantener un etiquetado correcto y con la información adecuada es el proveedor de los alimentos.

La normativa europea⁷⁹⁷ indica la manera de identificar un OGM, esto es mediante el identificador único, código numérico o alfanumérico sencillo cuyo objeto es identificar cada OMG conforme a la transformación genética autorizada de la que procede y facilitar que se recabe información específica del OMG. Ello inicia un camino que debe seguir al OGM y permitir su trazabilidad⁷⁹⁸ a lo largo de la cadena de producción y distribución en todas sus fases de comercialización. Desde abril de 2004, todo alimento, sus ingredientes o sean producidos a partir de un OGM, se

⁷⁹⁶ MANZUR, Isabel; Programa Chile Sustentable / Fundación Sociedades Sustentables / Fundación Ford / Foundation For Deep Ecology / Fundación Heinrich Böll. Septiembre 2005.

⁷⁹⁷ Art 3.4 Reglamento 1830/03.

⁷⁹⁸ Artículo 3.4 Reglamento 1830/03.

encuentra obligado a cumplir con reglas de etiquetado⁷⁹⁹, ello considera incluso los aditivos y aromas. El reglamento que modificó al anterior, no estima necesario para aplicar estas reglas de etiquetado, en que se detecte un ADN de OGM. El texto que se requiere emplear es “modificado genéticamente” o “producido a partir de un [ingrediente] modificado genéticamente”.

Recientemente se modificó la normativa existente mencionada y la Directiva 90/496/CE del Consejo relativa al etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios, ya había sido modificada por la Directiva 2003/120/CE y que regulaba el etiquetado sobre valor energético y presencia de nutrientes. A partir de diciembre de 2014, comenzará a regir el Reglamento (UE) N.º 1169/2011, se incorpora la obligación a los productores la presencia de alérgenos en los alimentos no envasados, el origen de la carne no elaborada así como la presencia de imitaciones de alimentos, al mismo tiempo (el plazo de vigencia demoró varios años para facilitar el ajuste de la industria) se reglamenta el tamaño de las etiquetas.

Las reglas de información y rotulado también son aplicables al pienso o alimento destinado al ganado, ya sea que contenga o esté producido en base a OGM⁸⁰⁰.

Se enfoca a la información que sea orientativa y permita y facilite la decisión que evite el uso de términos equívocos o lleven a error, la Federación Industrial de Alimentos (FIAB)⁸⁰¹ ha recomendado no etiquetar los alimentos como libres de transgénicos y que las autoridades mantengan un estricto control a este respecto.

El mero hecho de mejorar el etiquetado de los alimentos, no parece suficiente, existe un altísimo nivel de desinformación y desconocimiento de los consumidores y de los ciudadanos, en 2011 la Universidad de Santiago realizó un encuesta para saber el grado de conocimiento respecto de productos alterados genéticamente, el resultado fue que solo un 22%⁸⁰² de los encuestados declaraban tener algún nivel de conocimiento, aunque no necesariamente correcto, respecto de los alimentos OGM. Ello evidencia la necesidad que los gobiernos estimulen programas de información en

⁷⁹⁹ Artículo 12.1 Reglamento 1829/03.

⁸⁰⁰ Artículo 24.1 Reglamento 1829/03

⁸⁰¹ Guía de Aplicación de las Exigencias de Etiquetado y Trazabilidad de Alimentos y Piensos Modificados Genéticamente FIAB, 2004, pág. 13

⁸⁰² <http://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/chile-casi-80-de-la-poblacion-desconoce-lo-que-son-los-alimentos-transgenicos> (acceso diciembre de 2014)

las áreas que sean pertinentes (alimentación y producción agrícola al menos) para mejorar la comprensión de los consumidores, asegurando el derecho a elegir informadamente.

5.17 Normativa Europea sobre la información alimentaria facilitada al consumidor

Recientemente a finales de 2014, comenzaron a regir los importantes cambios a la normativa existente sobre la información que debe contener el etiquetado de los alimentos, con el objetivo central de permitir la elección informada del consumidor con conocimiento de causa y para evitar acciones y omisiones de información engañosas y que se puedan adaptar a las necesidades dietéticas.

La normativa señala que debe existir un marco común y una flexibilidad y restringir las exigencias nuevas de obligatoriedad de información, de acuerdo con principios de subsidiariedad, proporcionalidad y sostenibilidad⁸⁰³.

Existe una exención para alimentos no transformados (no se entiende esta regla si se trata de alimentos transgénicos), o no se trate de un factor determinante para la decisión del consumidor. Nos parece que siempre se trata de una información que requerirá aunque no se incluya en una etiqueta, que se permita acceder mediante fuentes abiertas y gratuitas de transparencia activa y pasiva a través de asociaciones de productores.

Existe una preocupación en el reglamento de no imponer cargas excesivas a pequeños productores, pero ello no debe ser óbice de revelar cuando sea pertinente cualquier elemento que por su contenido o nutrientes pueda ser un factor de importancia para la dieta o la salud.

Se incluye en la normativa un proceso de consulta pública, abierta y transparente en las materias de elaboración, evaluación y revisión de la legislación⁸⁰⁴. Se hace responsable de la exactitud y veracidad de la información a la empresa alimentaria, ello parece esencial cuando se delimita con claridad a quien corresponde informar y el contenido de dicha información. Asimismo, la información debe tener cierta formalidad “en un lugar destacado, de manera que sea fácilmente visible, claramente

⁸⁰³ Considerando 19 Reglamento (UE) 1169/2011.

⁸⁰⁴ Art 3.4 Reglamento (UE) 1169/2011.

legible y, en su caso, indeleble”⁸⁰⁵.

La normativa de los países difiere y ha sido muy controversial la inclusión de plantaciones y semillas modificadas, la mayoría de las veces sin un debate transparente e informado a la ciudadanía y con lobbies muy fuertes de empresas multinacionales.

Hay propuestas fallidas en California (39) y Washington (522), ambas consultas presentadas en 2013, para transparentar el etiquetado de los alimentos transgénicos, y que han sido rechazados por fuerte presión del lobby de la industria, que más que temer los contenidos de sus productos, ya que afirman ser inocuos, temen a la potencial reacción de los consumidores porque al conocer el origen transgénico, puedan reducir la demanda por otros productos que en cambio sí promueven y aseguran una trazabilidad orgánica certificada.

5.18 Etiquetado y transgénicos

5.18.1 Chile y los transgénicos

A pesar de la falta de claridad de la normativa chilena, que parece prohibir por una parte la producción agrícola de productos transgénicos para la venta y consumo en Chile, por la otra, permite la siembra de semillas transgénicas que se exportan. En general la normativa está sectorizada “[...] *sólo disposiciones sectoriales en materia agrícola, de salud, pesca y medio ambiente*”⁸⁰⁶.

La falta de coherencia llega al nivel absurdo que cuando se importan productos alimenticios desde el extranjero que son producidos sobre la base de insumos OGM, no es coincidente con la prohibición inicial, ni tampoco se exige la advertencia en el rotulado al consumidor. En la práctica muchos de los cereales y sus derivados, pastas, carnes, bebidas y vegetales como tomates son vendidos en el país sin advertir su trazabilidad. Tan bajo como 1/5 de los consumidores saben lo que consumen cuando se trata de alimentos OGM.

La normativa ha tendido a ser poco explícita y con una aparente intención de no utilizar los conceptos que son más claros para los consumidores no especializados, en el Decreto 115 del Ministerio de Salud, que modificó el Decreto 977 de 1996, se

⁸⁰⁵ Art 13.1 Reglamento (UE) 1169/2011.

⁸⁰⁶ MAGARINOS-REY, Blanche; <http://www.leyesdesemillas.com/chile/transgénicos/> (acceso diciembre 2014).

habla de “eventos biotecnológicos que modifiquen alimentos”⁸⁰⁷, y no se refiere a transgénicos, sino que a “*asociación o combinación de genes, provenientes de distintas especies, producto de la ingeniería genética*”⁸⁰⁸. En la práctica no se hace las menciones en muchos de los productos alimenticios. La norma chilena, se ocupa mucho mejor de hacer explícitas indicaciones cuando se trata de ciertas sustancias alergénicas o edulcorantes no nutritivos⁸⁰⁹.

En 2011, se presentó una moción parlamentaria en Chile⁸¹⁰, con el objeto de establecer la obligatoriedad de rotulación en alimentos transgénicos. El proyecto se fundamenta en el “derecho a saber del consumidor”, cuando en realidad se trata del derecho a elegir, el debate ya se había originado en 2005 con propuestas parlamentarias. Parte de sus antecedentes listan lo que consideran además de los beneficios, los riesgos o preocupaciones, entre las que sorprenden: miedo a lo desconocido, toxicidad potencial, producción de alergias y preocupaciones de índole religioso, cultural o ética. Nos parece que aspectos tan genéricos o no demostrados científicamente, no deben emplearse como fundamento de una norma, en cambio, otras fundamentaciones si parecen plausibles, tales como contaminación, amenaza a la biodiversidad.

El proyecto de origen parlamentario fue aprobado en general, pero en la discusión particular recibió importantes críticas y cuestionamientos frente a los fundamentos y el propósito buscado. Al proyecto se le hicieron varias indicaciones parlamentarias, y se llegó al acuerdo de incluir una mención que tratándose de alimentos humanos en que “*se hayan empleado ingredientes o aditivos genéticamente modificados en una proporción igual o mayor al 1%, ya sea en uno o más de ellos, deberán llevar en el envase una leyenda impresa de proporción similar a los avisos de composición nutricional, con la frase "Alimento Genéticamente Modificado"*”⁸¹¹.

Entre los argumentos esgrimidos por los parlamentarios que aprobaron la indicación, se señaló que era un derecho de los consumidores poder decidir informadamente, el que el propio Codex Alimentarius recomienda como una medida de manejo del riesgo el etiquetar los alimentos transgénicos, y el que Chile, aunque no

⁸⁰⁷ Decreto 115 del Ministerio de Salud art 3.

⁸⁰⁸ Decreto 115 del Ministerio de Salud art 3106 letra h bis.

⁸⁰⁹ Art 146 Decreto 115 del Ministerio de Salud.

⁸¹⁰ Boletín N.º 3818-11.

⁸¹¹ Boletín 3818-11, informe de la Comisión de Salud 4 de junio de 2006, art 2.º.

es productor de alimentos transgénicos, si importa soya y maíz, que termina formando parte de la alimentación de los chilenos sin una debida advertencia. Entre otros antecedentes, se indicó que un estudio del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) había detectado en 22 de 40 muestras presencia de transgénicos, la mayoría de éstos con porcentajes de presencia superiores a los tolerados por la Unión Europea de un 0,9% y por el riesgo potencial de la contaminación⁸¹². Se hizo ver, asimismo, que el texto podría terminar en letra muerta si no se contaba con una agencia con facultades adecuadas para la implementación de esta y otras temáticas vinculadas con el fortalecimiento de la Agencia Nacional de Seguridad Alimentaria. En definitiva se aprobó el proyecto en general por 28 votos a favor y 4 abstenciones.

Según un reporte de *Center for Food Safety*⁸¹³, hay 3 países que tienen prohibiciones de importar y cultivar alimentos genéticamente modificados, 37 países (la gran mayoría de Europa) que establecen etiquetado obligatorio de alimentos cuyos umbrales traspasen el 0,9 a 1% de contenido de ingeniería genética, el que se refiere al umbral de cada contenido por ingrediente en cada ítem de comida; por su parte hay 10 países cuya legislación establece la obligación de etiquetar los alimentos que superen completamente el porcentaje de 1% (en este grupo de países está Brasil, Sudáfrica, Ucrania, China, Japón).

Otras legislaciones que incluyen a 15 países son mucho más restrictivos en su cobertura y exigen un etiquetado de pocos productos, con muchas exenciones de productos y sin umbrales claros de tolerancia o una ley muy vaga que carece de implementación y cumplimiento (entre estos países están Ecuador, Perú, Bolivia, India, Tailandia, Vietnam y algunos pocos países africanos). El resto de los países, más de la mitad del mundo, carece de obligaciones de etiquetado de alimentos de ingeniería genética.

5.18.2 Normativa Europea sobre etiquetado transgénicos⁸¹⁴

La reglamentación europea sobre este tema se inicia con el Reglamento 258/97,

⁸¹² Voto del Senador Gómez, Sesión 23ª del Senado de Chile, Legislatura 359 martes 7 de junio de 2011.

⁸¹³ <http://www.centerforfoodsafety.org/ge-map/> (acceso diciembre de 2014).

⁸¹⁴ <https://sensibilidadartificial.wordpress.com/2013/01/20/derecho-a-la-informacion-etiquetado-de-los-alimentos-transgenicos/> (acceso diciembre 2014).

sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios. En su art 8.1 se señalan los requisitos en materia de etiquetado de manera de mantener informado al consumidor, y en que se explicita la obligación de incluir “[l]a presencia de un organismo modificado genéticamente mediante técnicas de modificación genética”. (8.1, letra d).

Reglamento 1139/98, ciertos productos alimentarios fabricados a partir de un OGM, en el que se fijó un umbral de 0,9%, sin embargo, llama mucho la atención que la normativa no se hizo aplicable a los aditivos, aromas, disolventes de extracción, todos para productos alimentarios, quedando exentos de incluirse en la etiqueta (art 1.2).

España, mantiene una política que permite la siembra de transgénicos y respecto de la rotulación se rige por una normativa⁸¹⁵ que no exige explicitar la presencia de los OGM, pero sin embargo, se mantiene el principio de ser de tal naturaleza de no inducir a error al consumidor (art 4), pero no se establecen sanciones por su incumplimiento, lo que la hace una norma muy débil.

La sociedad civil ha desarrollado algunos programas para mejorar la transparencia del etiquetado de los alimentos transgénicos, ejerciendo presión y denuncia sobre los casos que llegan a su conocimiento, Greenpeace elabora una guía⁸¹⁶, en la que incluye según liberen información los productores la veracidad de tener alimentos orgánicos. Esta guía parece un esfuerzo muy débil ya que no llega a conocimiento de muchos consumidores y exige una labor de búsqueda por parte del consumidor, cuando debería ser una tarea del Estado fomentar esta transparencia.

5.19 Seguridad de la biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica

Uno de los principios del Protocolo de Cartagena para la seguridad de la biotecnología⁸¹⁷, en cuanto a la evaluación del riesgo de los OGM, es dicha evaluación, se realice de manera transparente, a través de entidades científicamente competentes. El protocolo establece diversas obligaciones de intercambio de información y antecedentes científicos que sirvan de antecedentes sobre organismos vivos

⁸¹⁵ Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio.

⁸¹⁶ Guía roja y verde de alimentos transgénicos 5a edición – Actualización 3 de agosto de 2012.

⁸¹⁷ Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Anexo III, numeral 3, Montreal 2000. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

modificados que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana (art 4). Tanto productos, tránsito y uso confinado, movimiento transfronterizos y medidas de emergencia.

El Protocolo deja al propio Estado calificar la condición de información confidencial (art 21), dejando abierta la posibilidad de realizar consultas y la obligación de las partes de dar adecuada protección de la información calificada como confidencial.

El texto deja previamente establecidos como de carácter confidencial una serie de datos, (art 21 n.º 6):

- a) el nombre y la dirección del notificador;*
- b) una descripción general del organismo u organismos vivos modificados;*
- c) un resumen de la evaluación del riesgo de los efectos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana; y*
- d) los métodos y planes de respuesta en caso de emergencia.*

Lo anterior, reviste un preocupante resultado, ya que existe ex -ante un bloqueo para la transparencia, el gobierno que haya asumido esta protección que parece excesiva, no podrá a su vez revelar a ningún ciudadano información relativa tanto a los datos del art 21 N.º 6, como de los que se califiquen por el propio notificador, es decir, el interesado en restringir el acceso, y que implicará un manto de ocultamiento en casos que puedan tener o no una causal adecuada de restricción de acceso a la información. Tratándose de un tema además vinculado con la salud pública y en abierta contradicción con los derechos de libertad de elección que se ofrecen a los consumidores, nos parece muy inadecuadas y extensas estas prohibiciones de acceso a información.

5.20 Seguridad alimentaria y solicitudes de transparencia

Es un elemento rector de las garantías que se protegen para el consumidor y un rol fundamental de las autoridades públicas que se encargan de la salud pública, la política de seguridad alimentaria debe proveer transparencia, análisis y prevención de

riesgos y la circulación de productos libremente seguros y con calidad. Existe una Agencia Chilena para la Calidad e Inocuidad Alimentaria ACHIPIA⁸¹⁸, que debe asesorar a la Presidencia de la República respecto de la identificación, formulación y ejecución de políticas, planes, programas, medidas y demás actividades relativas a la calidad e inocuidad alimentaria. Su normativa le asigna un importante rol informativo “*Proponer un sistema de información y alertas alimenticias que integre las distintas fuentes de información acerca de eventos de inocuidad en alimentos*”⁸¹⁹.

Debemos observar que la información que se entrega a los consumidores muchas veces nos puede parecer inadecuada, confusa o insuficiente, además en los casos más cuestionados para la salud, para algunos puede incluso implicar niveles de irresponsabilidad de las autoridades, que parecen querer ocultar o distraer al consumidor, en esta mirada de sospecha y desconfianza, hay que repensar el rol y la función que puede cumplir la transparencia, que puede llegar a “*hacer visible algo para facilitar o permitir ocultar, detrás de este efecto de sentido, otra cosa: aprovechar la transparencia de un objeto para pasar desapercibido hacerse imperceptible*”⁸²⁰.

Norma técnica (art 6⁸²¹) Ley 20.089, para la certificación de productos agrícolas orgánicos está prohibido el uso de plaguicidas y fertilizantes; de organismos genéticamente modificados y de productos derivados. Tanto para piensos, materias primas, auxiliares tecnológicos, aditivos, fertilizantes, acondicionadores del suelo, semillas y materiales de propagación vegetativa.

El Consejo para la Transparencia, en junio de 2010, acogió la solicitud de RAP-Chile de dar a conocer la ubicación exacta de los semilleros terminando con un histórico secretismo de la “*ubicación exacta de cultivo y acopio de semilla transgénica de exportación como también para la experimentación científica en vegetales transgénicos, este Consejo declara que dicha información es pública*”⁸²².

⁸¹⁸ http://www.achipia.gob.cl/preguntas-frecuentes/prontus_achipia/2011-12-12/114811.html (acceso enero de 2015).

⁸¹⁹ Decreto Supremo N.º83 del mismo año del Ministerio Secretaría general de la Presidencia de 2005.

⁸²⁰ GONZÁLEZ Rayco, ALBERGAMO María Ed. “La transparencia como efecto de sentido” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 106.

⁸²¹ <http://www.sag.cl/sites/default/files/Norma%20Tecnica%20DS17.pdf> (acceso 12 diciembre 2014).

⁸²² Amparo A59-09.

Los alimentos que entrega el servicio nacional de alimentación chileno Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas JUNAEB, en las raciones de desayunos y almuerzos entregados a preescolares en el Programa de Alimentación Escolar (PAE) que beneficia a 215.000 a preescolares y 1.300.000 alumnos de educación básica de todo el país, se ha detectado que un 50% de las raciones entregadas a los preescolares, contenían aportes calóricos era mayor al que recomendaba el programa, en un país en que existen preocupantes niveles (23% en niños menores de 6 años), el estudio del Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos (INTA⁸²³) reveló datos preocupantes, desde la perspectiva de salud pública y nutricional, pero ¿debe ser más transparentes los contenidos y sustancias de las raciones entregadas a los menores? Parece a todas luces beneficioso conocer la comunidad escolar, los padres y los especialistas en alimentación.

El Ministerio de Salud, establece parámetros internacionales de alimentación en la Guía Alimentaria⁸²⁴, en ella se fijan las dosis recomendadas de actividad física y de consumo de alimentos, ella sirve como parámetro comparativo el evaluar el éxito de los programas alimentarios públicos como los de JUNAEB, los que revelan que se están distantes de los niveles recomendados⁸²⁵, el consumo de frutas, verduras y carnes está por debajo de los niveles recomendados, las cereales por su parte, están sobre las recomendaciones de las guías, cuyos grupos de enfoque se alimentan fundamentalmente de hidratos de carbono, siendo el pan el principal ingrediente. El citado informe concluye que “[...] la alimentación estaría siendo deficiente en proteínas de buen valor biológico, tales como omega 3, fibra, vitaminas D, calcio y hierro, los cuales son nutrientes esenciales y fundamentales para el crecimiento, desarrollo y aprendizaje de los preescolares”.

Sin embargo, en la estructura alimentaria para programas regulares establecen en las bases porciones de las raciones, volúmenes y gramaje, pero no el contenido de los alimentos y las sustancias que deben especificarse (pan, agregados del pan, yogurt,

⁸²³ BARRIOS L. Lorena BUSTOS Z. Nelly Et al Raciones de desayuno y almuerzo entregadas a preescolares por el Programa de Alimentación Escolar (PAE): calorías aportadas y consumidas Revista Chillena de Nutrición Vol. 40, N.º 4, Diciembre 2013.

⁸²⁴ Norma Técnica 148 Sobre Guías Alimentarias para la Población, del 16 de mayo de 2013.

⁸²⁵ VILLENA, Marcelo “Evaluación de Impacto de los Programas de Alimentación de la JUNAEB, del Ministerio de Educación” SCL ECONOMETRICS S.A. Economía Aplicada, Regulación & Estrategia. 2013 pág. 58-59.

ensaladas, pescado, pollo, huevo, etc.)⁸²⁶. No se puede conocer algo diferente que el contenido genérico de la alimentación, que está demostrando una incidencia negativa en los índices de obesidad y sobrepeso. Revisados las bases de datos del Consejo para la Transparencia a Diciembre de 2014, no se han solicitado amparos para conocer el contenido nutricional de los programas de alimentación escolar.

El Programa de Alimentación Escolar, se basa en una planificación alimentaria nutricional que debería cubrir todos los requerimientos alimenticios del beneficiario, para alumnos que están en situación de riesgo social, constituye la única fuente de alimentación, aunque eso parece haber cambiado en muchos hogares.

En los niveles de Kinder y pre-kinder (niños o niñas de 4 años) que incluye desayuno y almuerzo, ello aporta calorías de un 43% de las calorías diarias recomendadas (por debajo de sus objetivos). En niños entre 6 y 9 años se excede los requerimientos calóricos en un 8% y por debajo en los niños entre 10 y 14. En educación media se sobrepasa el objetivo calórico en 9%⁸²⁷. La evaluación que hace este consultor respecto del cumplimiento de los requisitos nutricionales de acuerdo con las edades de los alumnos exigidos por Junaeb y al compararlo con las recomendaciones del Ministerio de Salud puede sorprender el que respecto de las Proteínas, únicamente el nivel inicial de los alumnos por edad, cumple con los requerimientos de la autoridad pública. En cuanto a los lípidos, si se consideran los aceites, se observa la posibilidad de exceder los requerimientos nutricionales.

Algo similar, se puede decir respecto de la sacarosa, ya que los productos contienen compuestos edulcorados con azúcar. El informe es concluyente en su juicio, al afirmar que “[...] *el enfoque de los parámetros exigidos como requisitos nutricionales, es ambiguo y se puede interpretar de diferentes formas, lo que podría perjudicar la calidad de alimentación si las empresas los ajustan solo al manejo de costos*”⁸²⁸.

Junaeb licitó en 2012, 800 mil raciones, en esta licitación se tuvo como una de las premisas bajar los consumos de sodio, azúcar y aumentar los niveles de azúcar y verduras. 15 empresas que ganaron la licitación, proveerán 2.8 millones de raciones alimenticias, en la convocatoria se hicieron cambios respecto de la nutrición anterior,

⁸²⁶ Resolución 326 de Julio de 2014, Bases Administrativas, Técnicas-operativas para la contratación de servicios de suministros de raciones alimenticias JUNAEB y otros, p 93.

⁸²⁷ VILLENA, Marcelo; Op. cit. 613 pág. 52.

⁸²⁸ VILLENA, Marcelo; Op. cit. 613 pág. 55.

eliminando⁸²⁹: queso crema; fruta deshidratada como postre y el galletón tradicional; se disminuyeron: el paté, pan blanco, agregados dulces de jaleas en polvo. Se aumentaron: palta, huevo y queso laminado; guisos y verduras frutas frescas en diferentes formas y pescado como plato principal. Se agregaron: pan integral; una exigencia máxima de azúcares diarios; un galletón con EPA y DHA (omega3).

En 2011 se realizó la Encuesta Nacional de Consumo Alimentario (ENCA), la que muestra que la tendencia hacia una mala nutrición no mejora, el 95% de la población tiene malos hábitos alimenticios, solo el 5% se nutre adecuadamente y el 8,8% se encuentra en niveles preocupantes de mala alimentación. En la encuesta aparecieron datos muy reveladores, como que solo el 11% de la población consume pescado semanalmente y que existe una desaparición a la cena, la que fue reemplazada por una merienda al final de la tarde que no abastece de los nutrientes que se requieren en una comida completa⁸³⁰.

En la Decisión de Amparo rol C1769-14 se requirió Informe de desempeño de prestadores del Programa de Alimentación Escolar, PAE- de marzo a junio de 2014, respecto de todas las empresas prestadoras, que emite el Área de Control y Desarrollo de Colaboradores.

El que fue entregado en formato de DVD respecto de 12 empresas y ello sería incompleto, ya que se trata de 28 empresas prestadoras totales.

Ya que JUNAEB estimó que se trataba de información que podría afectar derechos de terceros se notificó a las empresas para que expresaran sus descargos, 2 de las empresas expresaron su consentimiento, 11 de ellas no dedujeron oposición, sin embargo, 14 empresas se opusieron a la entrega, expresando, en resumen, que se trataba de información sensible, que afectaba derechos de terceros, configurándose la causal del art 21 N.º2.

Una de las empresas, señaló, a su vez, que “[...] la información solicitada corresponde al “comportamiento” de la empresa, producto de las evaluaciones de las actas de supervisión y multas, cuyo resultado podría ser malinterpretado, haciendo parecer a la

⁸²⁹ <http://diario.latercera.com/2012/01/27/01/contenido/pais/31-98546-9-junaeb-15-empresas-se-adjudican-licitacion-de-dos-millones-800-mil-rationes.shtml> (acceso diciembre de 2014).

⁸³⁰ <http://diario.latercera.com/2011/06/26/01/contenido/pais/31-74225-9-chilenos-eliminan-la-cena-de-habitos-alimenticios-y-tienen-un-bajo-consumo-de.shtml> (acceso diciembre de 2014).

*empresa como negligente o inoperante, lo cual podría ocasionar perjuicios a la imagen y afectar sus relaciones comerciales*⁸³¹.

Los informes de desempeño son elaborados por JUNAEB, cuya fuente de información para su preparación se basa en “[...] *el Sistema de Información y Gestión de programa de Alimentación (SIGPAE), el cual contiene los resultados de las actas de supervisión interna aplicadas a los establecimientos*”⁸³². Se trata de antecedentes necesarios para establecer los niveles de cumplimiento de las empresas del PAE, y se trata de antecedentes que son públicos, información que fue elaborada con presupuesto público y está en poder de la administración del Estado.

Sin perjuicio, de que las empresas han manifestado su oposición y que trataría de información cuya divulgación pudiera perjudicarles, el Consejo estima que “[...] *las variables que se evalúan en el informe se encuentran indicadas en la licitación que adjudicó la prestación de servicios, por lo que este Consejo no observa cómo la simple determinación del cumplimiento o no de esas variables, puede significar la entrega de información reservada y propia de cada una de las empresas, es más, en la documentación solicitada no existen antecedentes que pudieran considerarse de carácter estratégico o confidencial, y que por tanto pudieran vulnerar los derechos de carácter comercial o económico de los terceros involucrados, por el contrario, la información requerida comprende aquella propia de un procedimiento administrativo de fiscalización*”⁸³³.

Asimismo, el Consejo, estima acertadamente en nuestra opinión, que se trata de información, respecto de la cual existe interés público comprometido y da cuenta del cumplimiento de las empresas respecto de las licitaciones del programa PAE y que “[...] *la divulgación de dichos informes de desempeño permite ejercer un control social sobre el cumplimiento de los requisitos que la normativa y las bases de las licitaciones establecidas para desarrollar los Programas de Alimentación Escolar*”⁸³⁴.

De manera que el Consejo estimó que procedía acoger la solicitud de entregar los informes de desempeño, basado fundamentalmente en aspectos de forma, en cuanto al financiamiento y almacenamiento y también aspectos de fondo, en cuanto a la utilidad pública de por evaluar el cumplimiento y desempeño de los programas

⁸³¹ Descargos N.º 5 letra g Amparo Rol C 1769-14.

⁸³² Considerando N.º 8 Amparo Rol C 1769-14

⁸³³ Considerando N.º 11 Amparo Rol C 1769-14

⁸³⁴ Considerando N.º 13 Amparo Rol C 1769-14

alimentarios del Estado y a la no existencia de una causal de reserva establecida en la ley, y que no se pudo acreditar, aunque ésta fue invocada.

5.21 Comentarios del capítulo

Cuando se habla de transparencia, se cree que estamos hablando respecto de lo que se ve, cuando en realidad, se trata de lo que no se está mostrando, la opacidad y la información que no se entrega a los usuarios, ciudadanos, consumidores, etc.

Si la información, además cumple una función relevante, cuando no vital como la salud, la alimentación, entonces, el derecho a acceder a la información que no se está mostrando, tiene una importancia significativa, ya sea en función de los derechos de los consumidores, de posibles externalidades o efectos adversos (salud, obesidad, alergias, etc.), nos enfrentamos a un debate de apariencia muy complejo, cuando tal vez no lo sea tanto.

En cuanto a los transgénicos, las semillas y las posibilidades de contaminación involuntaria, podemos advertir que:

- hay una carencia de sistemas de trazabilidad y no hay adecuada información para los cultivadores respecto de los riesgos y ubicación de los cultivos de OGM;
- la contaminación involuntaria del maíz por transgénicos no se encuentra resuelta en los compromisos internacionales ni en las legislaciones nacionales, y raras veces ha sido tratada adecuadamente por la jurisprudencia;
- las normas de coexistencia no son suficientes para evitar los flujos genéticos entre cultivos y la responsabilidad jurídica correspondiente;
- existe una desatención de los riesgos jurídicos ligados a los flujos genéticos entre cultivos, particularmente cuando hay protección por patente de elementos del genoma de la planta;
- existe una desatención de los riesgos biológicos ligados a los flujos genéticos entre cultivos, que pueden afectar, en forma irreversible, a la integridad genética de las variedades nativas o criollas de maíz como capital de biodiversidad para el futuro, así como a la capacidad de las comunidades campesinas más vulnerables para alimentarse en forma tradicional;
- se recomienda considerar la responsabilidad en base a los principios generales

y fundamentales de nuestros sistemas jurídicos, para asegurar una indemnización integral de los daños sufridos y amparar adecuadamente al que es víctima de la contaminación.

La transparencia puede jugar un rol muy significativo cuando se trata de la responsabilidad del Estado en cuanto a no advertir de manera concreta y adecuada y empleando mecanismos que sean apropiados para velar por la posibilidad de informar a los consumidores en cuanto a resguardar no solo la salud pública, sino también, su derecho a la coexistencia, esto es el derecho a elegir lo que se quiere consumir y conocer en detalle los ingredientes y procesos productivos y en especial, la presencia de transgénicos.

¿Cuál es el bien jurídico a proteger, los secretos de la industria, la sustentabilidad de algunos productores que no pueden alcanzar estándares muy exigentes?

Entender la transparencia como una táctica, que puede ser empleada en sentido completamente inverso de lo que el sentido de poder ver a través de un medio, no puede existir una absoluta transparencia no recuerda Rayco González, “[...] *la obsesión por la transparencia de la contemporaneidad supone una metáfora de un utópico e hipnótico decir todo y un abuso del término*”⁸³⁵. Siempre habrá un obstáculo por el cual se verá otra cosa, que muchas veces puede distorsionar o distraer la mirada de lo que realmente nos importa.

La verdadera información que debe entregarse a los consumidores. En el espacio semántico de la expresión, la finalidad que la incluye, también estaría la operación realizada con la intención de ganarse la confianza, cuya finalidad según Rayco González, se enfoca a una finalidad concreta, que es precisamente el persuadir a los demás de nuestras buenas intenciones.

Si lo consideramos en su mérito, no puede haber dudas, el derecho a elegir, y ante esta elección, e presentan potenciales consecuencias para los que hagan mejores o peores decisiones, el estado como un mediador imparcial no debería tomar parte ante demasiados *stakeholders* (grupos de interés), pero su función superior, no le exige optar, defender el bien común, la ciudadanía a la parte más frágil en la operación, sin una innecesaria actitud hostil de ir “contra la industria”, empero debe promover, estimular

⁸³⁵ GONZÁLEZ Rayco, ALBERGAMO María Ed. “La transparencia como efecto de sentido” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 101.

y cuando no subsidiar el ajuste de la industria a los nuevos y más exigentes estándares, ello implica plazos adecuados para ajustarse, exigencias razonables pero adecuadas a la protección que se quiere dar.

En el proceso de ajuste de la rotulación de los alimentos tanto respecto de sus nutrientes, propiedades y efectos indirectos debe ser objetivo, es decir, científico y basado en evidencias. ¿Cuál es el rol que juega la transparencia en el debate de la rotulación?

Incluso cabe preguntarse, si de verdad se trata de un tema de transparencia, las posturas radicales de los involucrados nos hacen pensar que cuando hablamos de alimentos modificados genéticamente, son difíciles cuando no imposibles de determinar si son o no dañinos para la salud, baste sólo mirar en las redes sociales las posturas maniqueas y, muchas veces, intolerantes.

Si consideramos que la herramienta de la transparencia, facilita un proceso de toma de decisiones y acceso a los estudios y respaldos científicos de quienes nos dicen que no son dañinos pero que al mismo tiempo temen mostrar sus fundamentos objetivos, los contenidos de los alimentos o el mero hecho que se trata de un alimento transgénico, nos hace dudar respecto de la inocencia o tal vez es el temor de la reacción del mercado, los costes de la nueva exigencia o el prejuicio.

Las sociedades no pueden basar sus políticas públicas en el temor a algo subjetivo, si hay elementos científicos se debe tomar la decisión en base a éstos, si no nos mantendremos como sociedades del pasado que se han basado en prejuicios, creencias infundadas o simple superstición. Se trata de enfrentar la política pública de la salud y de la alimentación desde la necesidad de saber sus contenidos, sus ingredientes, sus posibles efectos y todo en ello en coincidencia con la política de proteger a una población cuyos niveles de obesidad y sobrepeso ya muestran una tendencia que no cede ni ante las políticas que buscan disminuirla (Estrategia Global contra la Obesidad de Chile).

Con esta experiencia reciente fallida, es un deber desarrollar políticas con la empresa y en que la transparencia y la rotulación completa y en función de la comprensión de la población que les permita una decisión libre e informada.

Al mismo tiempo deben incluirse en el debate los estándares internacionales (como el Códex Alimentarius y las normas de protección de los derechos del

consumidor) y en los que se tome en consideración que sin transparencia adecuada no se podrá mejorar la salud.

Existen pocos, pero interesantes casos en los que se ha debatido desde el punto de vista de la transparencia respecto de cuándo mostrar y cuánto no mostrar. Aceptando que la transparencia no es un fin y evitando lo que Byung-Chul Han, llama una desnudez total y equiparada a la pornografía, la información proporcionada debe ser mayor, más simple y el consumidor debe ser capaz de tomar la decisión con elementos suficientes con los niveles educacionales estándares y sin recurrir a un estudio o conocimiento especial.

La transparencia no debe desplazar la confianza en las instituciones⁸³⁶, en los productores y en la información, que siempre será, según el estándar que se aplique, insuficiente.

⁸³⁶ HAN, BYUNG-CHUL;
http://cultura.elpais.com/cultura/2014/03/18/actualidad/1395166957_655811.html (acceso diciembre 2014).

6. TRANSPARENCIA Y SU IMPORTANCIA PARA UN ACCOUNTABILITY Y BUENA GOBERNANZA EN EL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL

“The history of the WTO is really a history of transparency. What the GATT negotiators realized in 1947 was that by creating transparency around border measures used to control trade, you could focus attention on the cost such barriers impose on our economies and negotiate them away”
(R. M. GADBAW).

“Behind the terminology of the Preamble to the WTO Agreement and the many provisions agreed during the Uruguay Round, there is a living reality that affects untold millions of people. This is a crucial facet of trade that is imperfectly conveyed and understood”
(J. A. LACARTE).

“The significance of transparency lies not only in the original notification made by a WTO Member, but also in the interaction between Members that it stimulates”
(C DOWNES).

6.1 Perspectiva internacional de la transparencia

La transparencia y el derecho de acceso a la información pública, han ganado poco a poco un reconocimiento, desde un lejano 1776 en Suecia, con la *“Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas”*. Más tarde, a través de la incorporación en las constituciones políticas en la región (Brasil, Colombia, Perú, México, Chile y Uruguay, etc.), y mediante la creación de instituciones administrativas que precisan y dan protección a un adecuado ejercicio del derecho y que permiten establecer, la delimitación del acceso y las causales de reservas (IFAI en México, Consejo para la Transparencia en Chile, Secretaría de Transparencia en Colombia, etc.). Recientemente, en diciembre de 2013, y siguiendo la tendencia, se

aprobó una ley de transparencia en España, la que se encuentra frente a los desafíos de su implementación.

6.1.1 Transparencia: un derecho fundamental

La Carta Democrática de la OEA reconoce en su art 4.^o⁸³⁷, como un componente fundamental del ejercicio de la democracia, la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La transparencia, es necesaria para asegurar el ejercicio de otros derechos humanos y, por ello, es considerada también un derecho fundamental y debe resguardarse como tal. Reafirmando esta concepción, la jurisprudencia de la CIDH⁸³⁸, en 2006, estimó que el Estado de Chile había violado compromisos internacionales al negar recursos judiciales que protejan adecuadamente el derecho de acceso y la relevancia del derecho de información como parte fundamental de las garantías democráticas⁸³⁹.

De modo diferente, el Convenio Europeo de DDHH, no lo reconoce explícitamente y el Tribunal Europeo, al acoger algunos casos, ha optado por una norma diferente de la libertad de expresión, prefiriendo el art 8°, el respeto a la vida privada⁸⁴⁰. Asimismo, el Convenio 205 del año 2009, sobre acceso a documentos públicos, establece una consagración ampliada del derecho y la obligación de los Estados miembros de dar debida protección.

⁸³⁷ Carta Democrática Interamericana aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones.

⁸³⁸ Reyes Claude con Estado de Chile ante la CIDH Serie C No. 151.

⁸³⁹ “libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 72, párr. 82; Caso Herrera Ulloa, supra nota 72, párr. 112 y Opinión Consultiva OC-5/85, supra nota 72, párr. 70.

⁸⁴⁰ GUICHOT, Emilio; Transparencia y Acceso a la Información en el derecho Europeo; Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, 2011.

6.1.2 Asamblea General 66 ONU A/RES/66/209

El rol de Naciones Unidas en la gobernanza global, se ha enfatizado en varias resoluciones⁸⁴¹ en las que se reafirma la existencia de un verdadero “estado de derecho internacional”, y de un orden internacional basado en el derecho y en el respeto de los derechos fundamentales, así como la importancia de un sistema multilateral inclusivo, transparente y efectivo para enfrentar los desafíos mundiales.

En la 66.^a Asamblea General de Naciones Unidas, se fijaron compromisos en 4 ejes fundamentales y a los cuales Chile adhirió, en septiembre de 2013:

- mayor acceso a la información y divulgación sobre las actividades gubernamentales;
- apoyar la participación ciudadana, a través de la transparencia sobre la formulación de políticas y la toma de decisiones y el establecimiento y uso de vías para solicitar la opinión del público;
- promover estándares de integridad profesional en todos los gobiernos, y;
- aumentar el acceso a las nuevas tecnologías para la apertura y la rendición de cuentas.

Para la ONU, las entidades fiscalizadoras superiores, solo pueden desempeñar sus tareas de forma objetiva y eficaz, si son independientes de las auditadas y se encuentran protegidas de toda influencia externa. Siendo muy relevante la promoción de la eficiencia, la rendición de cuentas, la eficacia y la transparencia de la administración pública, lo que contribuye a la consecución de los objetivos y las prioridades de desarrollo nacionales.

Del mismo modo, respecto de la transparencia en áreas sensibles como: compras públicas, medidas sanitarias y fitosanitarias, propiedad intelectual, compras públicas de bienes y servicios por parte de los Estados (mandato de Singapur de 1996), se han

⁸⁴¹ A/RES/61/39 de 2006; A/RES/62/70 de 2008; A/RES/63/128 de 2009; A/RES/64/116 de 2010; A/RES/65/32 de 2011; A/RES/66/102 de 2012; A/RES/67/97 de 2013; A/RES/66/256 de 2012.

desarrollado opiniones a favor de un futuro acuerdo sobre transparencia, ello en concordancia con otras iniciativas, como el Grupo de Expertos en Contratación Pública del Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC).

6.2 Preeminencia del derecho en el derecho internacional y concepto de *rule of law*

Principio del ejercicio del poder estatal y otros sujetos, es que se encuentre sometido a un ordenamiento jurídico aplicado de manera independiente, efectivo y en base de igualdad, requiere que la comunidad internacional adopte las medidas necesarias para garantizar el respeto de principio de la primacía de las normas imperativas de derecho internacional, la legalidad, la no arbitrariedad y de la transparencia⁸⁴², ello en el contexto de un International Rule of Law.

Simon Chesterman⁸⁴³, plantea para ello la presencia de 4 elementos estructurales:

- orden internacional basado en derecho (que a su vez requiere estabilidad, previsibilidad y certeza en las relaciones);
- aplicación uniforme del derecho internacional a todos los sujetos en un plano de igualdad;
- prevención del ejercicio arbitrario del poder de los Estados; y,
- aplicación independiente y efectiva de las normas jurídicas internacionales.

La preeminencia del derecho, exige del ordenamiento jurídico internacional, que se cumpla con algunos requisitos significativos, como generalidad, claridad, irretroactividad y publicidad. En ello se juega la certeza jurídica y la estabilidad de un proceso de internacionalización, muchas veces desconocido y otras, muy cuestionado. La revisión de los estándares de transparencia en el proceso de integración se vuelve, entonces, muy significativo por su amplia presencia en convenios de integración y asociatividad, tanto de carácter regional como bilateral y, en el que la transparencia, se define a través de las delimitaciones, que realizan fundamentalmente los tribunales nacionales e internacionales.

⁸⁴² VILLEGAS DELGADO. Op. cit. 29 pág. 170.

⁸⁴³ Citado por VILLEGAS DELGADO, César. Op. cit. 29.

Entendemos en este trabajo la transparencia, como el derecho a conocer lo que no se quiere mostrar, por una persona o entidad, que se encuentra obligada a ello. Pero no debe entenderse limitado sólo a la información, sino que por causa de la propia evolución y desafíos de la sociedad contemporánea, de las redes sociales y las demandas por una participación en las decisiones, con la exigencia de una democracia directa o democracia líquida, siguiendo las descripciones de Bauman.

Los desafíos de una democracia y la participación, en la forma de una democracia directa que implican visitar a la luz de las tecnologías, nos sugiere Manuel Arenilla *“El debate en torno a la e-democracia pone de actualidad la democracia directa y sus críticas y nos permite reconsiderarlas a la luz de las nuevas tecnologías y los nuevos mecanismos económicos, políticos y sociales, tan diferentes de los de hace dos siglos⁸⁴⁴”*.

Es necesario, para un sano y democrático desarrollo de la integración comercial, que la institucionalidad de organismos multilaterales como la OMC, también se abran a la información, a la inclusión y participación de los ciudadanos, que se materializa en parte porque los Estados se sometan a un escrutinio público, pero además, que otras entidades, como las propias ONG también formen parte de los procesos de toma de decisiones (*public awarness*), seguimiento e información, como en el caso de la Convención de Ottawa de 1997, para la prohibición de las minas antipersonales y que demostró una decisiva influencia en la consecución de los compromisos de los Estados miembros del convenio.

Un adecuado estándar de transparencia y participación, no puede terminar sólo en las instituciones multilaterales, sino que debe considerar asimismo, cómo la información y la participación descenden al nivel nacional de los ciudadanos y, en especial, cómo las autoridades locales hacen partícipes, en la medida de lo posible, y al mismo tiempo, proveen de la información, hasta donde sea requerido.

La participación ciudadana ofrece importantes ventajas, respecto de la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento de la legitimidad, según Pedro Nevado-Batalla; algunos de los beneficios son: *a) una buena participación ciudadana en los asuntos públicos es índice inequívoco de músculo democrático y por tanto de solidez del principio democrático como pared maestra del sistema.*

⁸⁴⁴ ARENILLA, Manuel; Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, Formación y selección en la administración pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2011 pág. 120.

b) de la participación deviene conocimiento y por tanto control de los asuntos públicos⁸⁴⁵. Efecto positivo, que este autor, denomina como “sanatorio” ya que impulsa la reacción contra la corrupción.

Para nuestro análisis, hemos distinguido 4 tipos de transparencia:

- activa, a través de la información que entregan al público fundamentalmente, por medio de sitios web;
- pasiva, información entregada a solicitud de los interesados, mediante mecanismos de retroalimentación, con adecuados y simples canales para personas y entidades, sin requerir justificar un interés particular concreto; y
- participativa o “integración líquida”, que implica poder contribuir y co-participar en los procesos de toma de decisiones en la integración, ello, tanto a niveles nacional, regional o multilateral.

Aparente o putativa, la que entrega información incompleta, inexacta o simplemente irrelevante.

6.3 Organización Mundial del Comercio

6.3.1 La transparencia como parte de la buena gobernanza

Tradicionalmente, se considera que uno de los pilares fundamentales de la OMC, es la transparencia y ello puede parecer bastante obvio, si observamos que el esfuerzo de los múltiples acuerdos se basa en hacer más objetivas y visibles las decisiones de los gobiernos, respecto de la competencia comercial, evitando acciones que se cataloguen como fuera de los compromisos de la OMC.

La OMC, define la transparencia como el “*grado de visibilidad y previsibilidad de las políticas y prácticas comerciales y de su proceso de elaboración*”⁸⁴⁶, sin embargo, se trata de una concepción demasiado abierta y que no califica cómo debe ser este grado de previsibilidad.

⁸⁴⁵ NEVADO-BATALLA M., Pedro; legalidad y Buena Administración, garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, pág. 47.

⁸⁴⁶ Glosario OMC www.wto.org (acceso septiembre 2014).

Para Robert Wolfe⁸⁴⁷, por su parte, el principio de transparencia es relevante para la OMC, en dos ámbitos, interno y externo.

La externa, es la habilidad de la sociedad civil de seguir la labor de la OMC, mientras que la interna, implica la habilidad de sus miembros, en especial los pequeños, de participar en el trabajo de la OMC.

Dentro de la operatividad de la OMC, se pueden señalar, como estándares de información, las reuniones de seguimiento para examinar las políticas comerciales de los países, mediante un informe a la OMC y, a través de notificaciones, a los demás miembros.

Respecto de las prácticas no conformes con los compromisos de la OMC, denominados *trade remedies*, como son las barreras técnicas al comercio (TBT), es muy significativo mejorar los niveles de transparencia y eliminar todo trámite innecesario, cuya única función, sea afectar a la competencia mediante exigencias, trámites, estándares innecesarios y ellos, exigen notificar los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de conformidad; establecer un servicio nacional de información; el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio; informar a los demás miembros respecto de cualquier acuerdo (bilateral o multilateral), que incluya reglamentos técnicos, normas o procedimientos de evaluación con efectos al comercio.

También, se promueve la armonización y las equivalencias y, precisamente, este es el beneficio buscado por el acuerdo entre zonas económicas como son la UE y EEUU, o bien la Alianza del Pacífico y el TPP (Transpacific Partnership), entre otros similares, que pueden lograr importantes ventajas al armonizar o reconocer mecanismos y estándares que sean suficientes y adecuados.

Los acuerdos de compras públicas (*public procurement*), procuran establecer normas objetivas, claras y transparentes, de modo que cualquier oferente nacional o internacional, pueda participar en una posición de igualdad.

Aunque la constitución de la OMC⁸⁴⁸, no fija la apertura y transparencia como un valor fundamental de la regulación comercial, ni establece derechos de información para Estados o individuos, hay algunos rasgos menores de presencia de mayor

⁸⁴⁷ WOLFE, Robert; 'Regulatory Transparency, Developing Countries and the WTO', 2 World Trade Review 157 (2003), at 158.

⁸⁴⁸ CHARNOVITZ, Steve; The WTO and Cosmopolitics; J Int Economic Law (2008) 7 (3): 679.

transparencia (Anexo 3.º DSU), aunque una creciente tendencia desde el año 2002,⁸⁴⁹ han mejorado el acceso a la información a través de las tecnologías. Desde hace tiempo, han existido críticas del proceso de toma de decisiones dentro de la OMC, calificado por el propio Pascal Lamy, como una práctica medieval, y dentro de ello, como se debe ajustar adecuadamente a los políticos y oficiales. Se trata de incorporar transparencia con eficacia de manera de entregar confianza y legitimidad⁸⁵⁰.

La OMC, tiene un desafío interno y externo propio, pero también, lo tienen sus miembros a niveles administrativos nacionales y, en mayor medida, aquellos Estados que no cuentan con adecuados estándares democráticos que garanticen y protejan el acceso básico de los ciudadanos a este tipo de información.

Hasta el año 2002 se observaba una tendencia al secretismo, que sin embargo, se rompe con una decisión del Consejo General⁸⁵¹, la que dispuso que todos los documentos de la OMC debían tener publicidad, para Gabrielle Marceau⁸⁵², ello implica que todas las decisiones, reuniones, minutas, protocolos de acceso, todas las leyes y regulaciones notificadas a la OMC, esquemas de los miembros y numerosos documentos de la Secretaría se deben, desde ese momento, hacer públicos en la web de la OMC.

La presión⁸⁵³ por hacer públicas las sesiones de las disputas y permitir a los interesados hacer seguimiento en tiempo real desde las oficinas de la OMC, se inició en el año 2005⁸⁵⁴. Ello, a pesar de la resistencia de terceros por abrir esta instancia a la luz pública.

⁸⁴⁹ WTO, General Council, Procedures for the Circulation and De-restriction of WTO Documents, WT/L/452 (16 May 2002).

⁸⁵⁰ WOLFE, R.; Decision-Making and Transparency in the 'Medieval' WTO; *Journal of International Economic Law* 8(3), 631–645

⁸⁵¹ Decisión del 14 de mayo de 2002 (http://members.wto.org/WTO_resources/documentation/) (acceso septiembre 2014).

⁸⁵² MARCEAU, Gabrielle & HURLEY, Mikella, Transparency and Public Participation in the WTO: A Report Card on WTO Transparency Mechanisms 4(1) *TRADE L. & DEV.* 19 (2012) pág. 24.

⁸⁵³ BONZON, Yves; Institutionalizing Public Participation in WTO Decision Making: Some Conceptual Hurdles and Avenues; *J Int Economic Law* (2008) 11 (4): 758.

⁸⁵⁴ United States – Continued Suspension of Obligations in the EC (US – Continued Suspension)

El debate del acceso a las audiencias es mucho menos contencioso que la opción del *amicus curiae*, ya que la observación pasiva,⁸⁵⁵ causa menos recelos que la posibilidad de influir y generar consecuencias en la disputa.

En varios casos se planteó el requerimiento de las ONGs de participar como *amicus curiae*, cosa que inicialmente fue considerada como no ajustada al mecanismo de Solución de Diferencias⁸⁵⁶.

En el año 2007, la Comisión Warwick⁸⁵⁷, recomendó al Órgano de Apelación, permitir a las ONG su participación como *amicus curiae*, ya que “[...] *enriquece la naturaleza y calidad de la información para los miembros del Panel en una disputa y contribuyen a la transparencia de las disputas*”.

Entre los desafíos para la transparencia de la OMC, Gabrielle Marceau⁸⁵⁸, indica precisamente, la necesidad de establecer reglas claras para la inclusión de *amicus curiae*, tanto de procedimiento, como del fondo, lo que permite dar objetividad y previsibilidad a las partes y a los interesados en participar, como también el de incorporar mejores mecanismos de participación y consulta para las ONGs.

Desde diciembre de 2006⁸⁵⁹, existe en la OMC un mecanismo provisional para la transparencia de los acuerdos comerciales regionales, en conformidad con el art XXIV del GATT, debiendo los Estados miembros, informar a la Secretaría del inicio de toda negociación y los aspectos relativos a su alcance y la notificación a las demás partes, “lo antes posible”.

Debido a la limitación de la regla del consenso, se le considera insuficiente e ineficaz⁸⁶⁰, ya que el encargado del monitoreo, es el Comité de Acuerdos Comerciales

⁸⁵⁵ EHREING, Lothar Public Dispute Settlement Hearings in the WTO; Journal of International Economic Law 11(4), 1021–1034; 2008.

⁸⁵⁶ US- Shrimp AB Report WT/DS58/AB/R para 7.8, citado por MARCEAU Gabrielle pág. 29

⁸⁵⁷ VAN DEN BOSSCHE, Peter; NGO Involvement in the WTO Journal of International Economic Law 11(4), 717–749.

⁸⁵⁸ MARCEAU, Gabrielle & HURLEY, Mikella, Transparency and Public Participation in the WTO: A Report Card on WTO Transparency Mechanisms; Op. cit. 642 pág. 43-44.

⁸⁵⁹ http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/trans_mecha_s.htm.

⁸⁶⁰ HENRY GAO* AND C. L. LIM; SAVING THE WTO FROM THE RISK OF IRRELEVANCE: THE WTO DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM AS A ‘COMMON GOOD’ FOR RTA DISPUTES; Journal of International Economic Law 11(4), 899–925.

Regionales. Hay antecedentes Lejarraga I. y B. Shepherd⁸⁶¹, que demostrarían que los acuerdos comerciales regionales que contengan mecanismos más profundos de transparencia, aparecen como más favorables para la promoción de los flujos de comercio, alcanzando hasta un 1% de incremento por cada compromiso alcanzado en el acuerdo, además de generarse menores costes de transacción.

Los países buscan, a través de los acuerdos regionales, dar certezas a los mercados y a los inversionistas extranjeros, los que prefieren un procedimiento de toma de decisiones y en la aplicación de medidas que puedan afectar a los proveedores, y que el diseño e implementación de las reglas, sea lo más abierto y previsible.

El capítulo 11 del acuerdo NAFTA,⁸⁶² es considerado por Gabrielle Marceau, como el más transparente, al compararlo con otros foros y, desde 2002, la transparencia en los acuerdos, se ha desarrollado como política de Estado⁸⁶³, todos los nuevos acuerdos consideran audiencias las que deben ser abiertas al público.

Lacarte⁸⁶⁴, por su parte, nos anticipa que mayores niveles de transparencia, generarán, con toda seguridad, mayores presiones y demandas a los gobiernos. Es decir, la transparencia tiene importantes beneficios y al mismo tiempo, implica también mayores desafíos, ya que es esperable que los ciudadanos accionen y reaccionen al conocer la información respecto de temáticas que les afecten.

Uno de los pilares de la transparencia del sistema internacional, se encuentra en el art X del GATT 1994, el que establece la obligación de publicar todas las leyes, regulaciones, decisiones judiciales y administrativas, para dar conocimiento a las partes

⁸⁶¹ LEJÁRRAGA, I. AND B. SHEPHERD (2013), "Quantitative Evidence on Transparency in Regional Trade Agreements", OECD Trade Policy Papers, No. 153, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k450q9v2mg5-en> (acceso septiembre 2014).

⁸⁶² "Each Party agrees to make available to the public in a timely manner all documents submitted to, or issued by, a Chapter 11 tribunal"

⁸⁶³ US Trade Act of 2002. Ver US Public Law 107-210 (August 6, 2002), 116 STAT. 996, Div. B f 2102 Foreign Investment Trade Negotiating Objectives, at Part B(3), citado por GABRIELLE Marceau & MIKELLA Hurley, Transparency and Public Participation in the WTO: A Report Card on WTO Transparency Mechanisms; Op. cit. 642 p.39

⁸⁶⁴ LACARTE, Julio; "Transparency, public debate and participation by NGOs in the WTO: a WTO perspective"; Journal of International Economic Law 7(3), 638-686, 2004.

y entidades comerciales que sean “de carácter general”⁸⁶⁵. Lamentablemente, existen varios casos de violaciones al citado art X del GATT⁸⁶⁶.

También, es significativo, el art. 7° del Acuerdo MSF (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), que señala que, en su política sanitaria, los Estados deben notificar “[...] *las modificaciones de sus medidas sanitarias o fitosanitarias y [facilitar] información sobre sus medidas sanitarias o fitosanitarias de conformidad con las disposiciones del Anexo B* (Transparencia de las reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias). Puede sorprender que la jurisprudencia entre 1947 y 1980 no hizo mención⁸⁶⁷ a este texto, la aparición de un consenso relativo a los valores del *good governance* (transparencia, acceso a información y participación), surge más tarde, ⁸⁶⁸ el Órgano de Apelación, el que ha indicado que la obligación es extensiva otros instrumentos que son aplicables, por lo general, y que tienen carácter similar a los instrumentos mencionados explícitamente en una lista ilustrativa y prevenir discriminaciones arbitrarias o injustificadas, que impliquen restricciones al comercio.

Cuando observamos los *trade remedies*, (salvaguardias, derechos compensatorios y antidumping), aparece como clara la conclusión de que se requieren mejores estándares de transparencia. En efecto, en los procesos llevados a cabo en las autoridades administrativas, con mayor o menor independencia del poder ejecutivo y por ello con mayor autonomía de presiones políticas, los procesos cuasi-judiciales llevado por las autoridades locales, tienen escaso espacio para conocer las fundamentaciones, no obstante que se está debatiendo, muchas veces, de información

⁸⁶⁵ WT/DS69/AB/R 13 July 1998 (Organo de Apelación European Communities – Measures affecting the importation of certain poultry products)

⁸⁶⁶ *Argentina – Hides and Leather, Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes, and US – Customs Bond Directive and EC – Selected Customs Matters.* In *Japan – Agricultural Products II*, the Appellate Body found a violation of the transparency requirements of Article 7 of the SPS Agreement, while in *Canada – Patent Term*, the Panel held that the due process requirements of Article 41 of the TRIPS agreement had not been respected.⁴⁷ In *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*,⁴⁸ the Panel found a violation of the public notice provisions of Article 12.1 of the Anti-Dumping Agreement; whilst in *Guatemala – Cement II* Citado por STEWART R & RATTON SANCHEZ BADIN M. en IILJ Working Paper 2009/7 (Global Administrative Law Series) Finalized 10/14/2009 (www.iilj.org).

⁸⁶⁷ ALA'I, PADIDEH; "Transparency and the Expansion of the WTO Mandate." *American University International Law Review* 26 no. 4 (2011): 1009-1029.

⁸⁶⁸ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Productos agrícolas II*, párrafos 105 a 107.

y materias extremadamente sensible para la industria involucrada, las que se toman en cuenta, sólo en la medida que tienen derecho a explicar a los gobiernos, con base a argumentos técnicos, y en los que las posibilidades de revisión o de apelar, ante una entidad independiente del poder político, son remotas o muy complejas. De modo que el velo de información termina siendo muy relevante para lograr la aplicación de una medida, en el entendido que los grupos de interés no estarán involucrados ni informados, de modo muy conveniente.

De este modo, la mayor exigencia de información y de transparencia hacia los ciudadanos y las empresas, no puede terminar en un flujo de un único sentido, también debe suponer una obligación que deben asumir los privados, para sumarse propositiva y participativamente a este proceso de flujo informativo e incrementar, al máximo de lo posible de transparencia, que debemos advertir, siempre se dice que se trata de algo deseable por muchos representantes de los gremios de empresarios.

Se trata también, de un compromiso de los Estados partes en la Convención de ONU, contra la corrupción, adoptar acciones para mejorar las normas contables y de auditoría y establecer sanciones cuando sea procedente, “[p]romover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas⁸⁶⁹”, para ello, también debe integrarse a la sociedad civil en que se fomente la participación activa, de todo tipo de organizaciones, que promuevan la organización ciudadana con el propósito de prevenir y la lucha contra la corrupción y, además, sensibilizar y educar a la población para entender su contexto y casusas.

Para todo ello la Convención señala que, el camino es, aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones y garantizar el acceso eficaz de la información así como realizar actividades de información pública⁸⁷⁰.

Entre los principios para el manejo de la ética en el servicio público, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, recomienda apoyar los esfuerzos de la OMC, para lograr un acuerdo de transparencia en las compras públicas y para efectos

⁸⁶⁹ Art 12 n.º 2 letra c), Convención de ONU contra la Corrupción.

⁸⁷⁰ Art 13 n.º 1 letras a), b) y c), Convención de ONU contra la Corrupción.

de los servidores públicos que los procesos de toma de decisiones deben ser transparentes y quedar expuestos al escrutinio:

“[e]l público tiene derecho a saber cómo aplican las instituciones el poder y los recursos que se les confían. El escrutinio público debe verse facilitado por procesos transparentes y democráticos, por la vigilancia de la legislatura y por el acceso a la información pública. La transparencia debe mejorarse aún más, a través de medidas tales como los sistemas de divulgación y el reconocimiento del papel que representan unos medios de comunicación activos e independientes”⁸⁷¹.

Se vuelve a plantear la conveniencia de procesos inclusivos y participativos, en los que flujos de información adecuada a los partícipes en los procesos de compras públicas y de los demás acuerdos comerciales, deben participar informadamente.

La transparencia y los procesos de decisiones que toman las empresas, parecen haber estado demasiado ausentes, como si se tratara de entidades intocadas por las malas prácticas y como si la crisis de confianza de la percepción ciudadana, no tuviera que ver con los empresarios y los privados sino que solo con los gobernantes y el Congreso, cuando en verdad, se trata de una “[...] *crisis de confianza, incertidumbre e indignación*” afirma Hernán Cheyre, la sociedad no se siente representada por sus actores y la manera de combatirla es con mayor transparencia

“[...] una norma en aras de la transparencia de las juntas de directorios, de accionistas, de más fiscalización por parte de la superintendencia del caso, no creo que signifique necesariamente una mayor carga, siempre y cuando se haga en forma bastante simple y natural. No hay que tenerle miedo a la transparencia, pero tampoco el Estado tiene que sobre reaccionar con una tremenda regulación que ahogue la iniciativa privada. Ahí nos va a salir más cara la vaina que el sable.”⁸⁷²

John H. Jackson⁸⁷³, en 2001, distinguía entre los desafíos de la OMC, por una parte, el de transparentar para informar al público y otro, separado, de permitir mayor participación de las ONG y la sociedad civil, ello debido a un uso ambiguo del término

⁸⁷¹ Principios para el manejo de la ética en el servicio público N.º 6.

⁸⁷² CHEYRE, Hernán, <http://www.chileb.cl/profundidad/hernan-cheyre-esta-sociedad-esta-viva-esta-funcionando/> (acceso 10 de mayo de 2015)

⁸⁷³ JACKSON J.H.; The WTO 'constitution' and proposed reforms: seven 'mantras' revisited; J Int Economic Law (2001) 4 (1): 67-78

“transparencia”, y que se le permita a la sociedad civil, la oportunidad de ser escuchados y de presentar sus perspectivas.

Hoy parece ser bastante claro, que no basta con sólo informar al público y al interior de la institución, sino que, además, se debe hacer partícipes a los *stakeholders* en el proceso de toma de decisiones, pasando desde la transparencia activa, para ganar aceptación y mejorar la legitimidad de los procesos, para lo cual es necesario identificarlos, convocarlos y escucharlos. Los desafíos de una sociedad cuya interacción y las exigencias de ser parte de la toma de decisiones, ya no permiten dejar de lado y en un rol pasivo a las organizaciones sociales, que han logrado encausar la representatividad de distintos grupos (etnias; sindicatos; sectores productivos pequeños y medianos, etc.).

6.4 Chile y su opción por la transparencia

En la Constitución Política de Chile, y que fuera modificada sustancialmente en el año 2005, se fortaleció el principio de probidad con un nuevo art 8.º: al señalarse que *“[s]on públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La reserva quedó restringida a una ley de quórum calificado podrá establecer, cuando la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones de los órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”*.

Y esta modificación implicó un reforzamiento de la ley de bases, que ya había sido modificada por la Ley N.º19.653, de 1999 (ley de probidad) y la Ley N.º19.645, que mejoraron aspectos penales de la corrupción, artículos 3.º inciso 2 y 11.º bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, estableciéndose que, la función pública debe ejercerse de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

La doctrina, a su vez, identifica una *“tercera generación de procedimientos administrativos”*⁸⁷⁴, en el que la transparencia juega, ya no un rol de informar o de mera rendición de cuentas para el control, sino que en la creación y aplicación del

⁸⁷⁴ GARCÍA MACHO, Ricardo ed.; Derecho Administrativo de la información y administración transparente; Marcial Pons 2010; pág. 76

derecho, una cooperación público-privada y cooperación inter administrativa (horizontal y vertical), mediante la colaboración de la administración en la generación de normas administrativas, con una administración cooperativa o en red. Parece claro, afirma Javier Barnés Vázquez⁸⁷⁵, que una Administración que no es autosuficiente y que se halla urgida al trabajo en común y en red, reclama procedimientos y actuaciones marcados por una transparencia cualitativamente distinta, a la que se da en modelos tradicionales de gobierno.

En la tercera generación de los procesos administrativos, se observan tanto procesos decisorios como no decisorios (de análisis y de información).

Hay asimismo, diversos compromisos internacionales asumidos por Chile, en el ámbito de la probidad⁸⁷⁶ y en su cumplimiento anticipa importantes desafíos para proyectos con implicancias medioambientales o que afecten a comunidades indígenas, como es el Convenio 169 de la OIT⁸⁷⁷, que consideran sendas etapas de consulta y participación en las decisiones de políticas que puedan afectarles, hacen conveniente y exigible, de este modo, ampliar al máximo la apertura, restringiendo la reserva a la causales muy claras y bien delimitadas.

La mayor vinculación, entre la administración pública y los gobernados, implica ya no sólo un desafío y algo deseable, sino que se trata posiblemente, de una etapa indispensable para un buen gobierno, en que debe potenciarse un trabajo conjunto y colaborativo entre el Estado y la sociedad civil, lo que ya fue reconocido en la Conferencia Regional de datos Abiertos para América Latina y el Caribe, celebrada en el año 2013 y, en la que se explicitó, que la sociedad civil puede “[...] *reutilizar la información pública con el fin de verificar, aclarar, fiscalizar y monitorear, de acuerdo a*

⁸⁷⁵ GARCÍA MACHO, Ricardo ed.; *Ibíd.* pág. 77

⁸⁷⁶ Convención Interamericana Contra la Corrupción, adoptada en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 y promulgada por D.S. No 1.879, RR.EE. (D.O. 2 de febrero de 1998); Convención para Combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y su Anexo, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), adoptada en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997 y promulgada por D.S. No 496, RR.EE. (D.O. 30 de enero de 2002); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en Palermo, Italia, el 15 de diciembre de 2000 y promulgada por el D.S. No 342, RR.EE. (D.O. 16 de febrero de 2005). Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y promulgada por el D.S. No 375, RR.EE. (D.O. 30 de enero de 2007).

⁸⁷⁷ art 6.º y 7.º del Convenio de la OIT, vigente en Chile desde 2009.

*su propio interés”, los beneficios de esta interrelación son bastante evidentes y muy necesarios en beneficio de una Buena Gobernanza, al proveer de “[...] procedimientos e instrumentos para satisfacer las demandas de la ciudadanía, contribuye a fortalecer las instituciones democráticas, facilita el control social; combate la corrupción, promueve la transparencia proactiva en la administración y la fiscalización.*⁸⁷⁸”

Se trata, de esta manera, mucho más, que de un proceso de “empoderamiento social”, sino que asimismo, de una validación y el mejor aprovechamiento de las herramientas que implican una participación y una mayor trazabilidad de las responsabilidades de los funcionarios y, en el que los ciudadanos, se sientan co-partícipes de los actos de la administración.

6.5 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y una participación informada

No hay duda, de que el derecho internacional ha evolucionado en las últimas décadas de manera casi impredecible y aunque, como afirma Dyzenhous⁸⁷⁹, siguiendo a Lauterpacht, es un derecho todavía “inmaduro” o “primitivo”, sus limitaciones como rama del derecho se debían, fundamentalmente, al dogma de la soberanía de los estados, la que paulatinamente, ha cedido terreno, ello se ha producido, a través del reconocimiento de los DDHH.

Parece, en todo caso, claro que esta tendencia no siempre cuenta con el beneplácito de los Estados y el derecho va evolucionando, a través de un efecto cascada desde las cortes internacionales y sus resoluciones, cuyas implicancias jurídicas, a veces pueden parecer inesperadas, especialmente, al considerar los textos de los convenios internacionales, cuando los Estados las asumieron, se trataba genéricamente compromisos de protección de los derechos humanos.

Aunque el grado de exigibilidad de los convenios internacionales como el de Convenio 169 de la OIT, depende en definitiva de la normativa interna y la forma que ha elegido la constitución política de cada Estado para la implementación y autoejecutabilidad (*selfexecuting*), empleando el concepto de la Corte Suprema de

⁸⁷⁸ JARAQUEMADA, Jorge; Desafíos Pendientes en materia de Transparencia en Chile: la visión del Consejo para la Transparencia; en Cheyre, Juan Emilio y Cobo, Nicolas; Op. cit. 8 pág. 87.

⁸⁷⁹ DYZENHAUS, David; The Rule of (Administrative) Law in International Law; Law and Contemporary Problems Vol. 68:127 (2005). p 27.

EEUU, en su caso, seguirá la lógica que ha planteado el constituyente, en la forma de una tácita subvaloración mediante el silencio o la subordinación de las obligaciones internacionales cuando no se ha establecido con claridad la jerarquía de los tratados y la distinción según la naturaleza de las obligaciones que contengan.

Se puede afirmar que hoy, a través del derecho internacional y la creciente influencia de los fallos de los tribunales, es que los ordenamientos jurídicos nacionales están requiriendo ser modernizados y adaptados a las demandas por dar respuesta a los derechos subjetivos de los ciudadanos. En este sentido, se pueden observar, varias tendencias muy claras del derecho internacional:

Primero, la emergencia de nuevas áreas del derecho, como el Derecho Global Administrativo; segundo, el reconocimiento más explícito de las leyes domésticas del derecho internacional, a través de la evolución de las constituciones de la región de América Latina, las que han incorporado reconocimientos explícitos de los derechos humanos y los tratados internacionales; tercero, una evolución y un desafío más allá del estado (*Oltre lo Stato*⁸⁸⁰, Sabino Cassese) y, cuarto, al mismo tiempo, un proceso de modernización de las legislaciones nacionales, promovida desde las cortes internacionales.

Diversos casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *Claude Reyes vs. Chile* (Serie C N.º. 151) y *La Última tentación de Cristo* (Serie C N.º. 73) y el más reciente fallo (marzo 2012) de discriminación en un juicio de tuición de una mujer debido a su orientación sexual (*Atala Riffo y niñas vs. Chile*). Todos ellos, aunque sólo están referidos al Estado de Chile, muestran con claridad que las legislaciones, a veces están retrasadas por distintas presiones políticas internas y vienen a ser impulsadas desde el exterior, para proteger los derechos garantizados en convenciones internacionales de mejor manera.

El caso del Convenio 169 de la OIT y sus implicancias medioambientales, así como el reconocimiento de diversos derechos a los pueblos originarios (autodeterminación, autoidentificación, consulta previa y participación y a decidir prioridades respecto de su desarrollo, entre otros), representan un enorme desafío para los Estados, enfrentados a dar cumplimiento efectivo y una adecuada implementación de las obligaciones internacionales contraídas. Algunas de ellas, incluso podrían estar

⁸⁸⁰ CASSESE. *Oltre Lo Stato*, Op. cit. 25

en contradicción con las normas locales existentes, lo que plantea que los tribunales nacionales deben interpretar las obligaciones internacionales y su jerarquía en el sistema normativo. Del mismo modo, las obligaciones de consulta para la toma de determinadas decisiones que puedan involucrar a los pueblos indígenas pueden formar parte de una tendencia que hemos identificado como Transparencia Participativa, esto es, que las autoridades tienen dentro de sus tareas en el cumplimiento de su mandato del bien común, deben informar adecuadamente y al mismo tiempo, entregar una información que debe ser suficiente para poder co-participar en las decisiones, lo que se materializaría en este caso por la consulta y el proceso de negociación de buena fe que se debe materializar entre las partes.

Un fenómeno similar, se puede apreciar en varios países de la región de Sudamérica, como en el Perú (caso Conga) y de Colombia (varios proyectos mineros), debido a las denominadas leyes de consulta previa, que han motivado importantes debates que ponen en jaque a proyectos millonarios y con alto impacto ambiental, especialmente, de carácter minero o forestal, y que están en zonas donde existen comunidades indígenas, las que reclaman la protección de sus derechos, garantizados a través del Convenio 169. En todo caso, existen varios grupos que han denunciado que este proceso está implicando una importante incertidumbre jurídica⁸⁸¹ en su implementación e interpretación.

En el caso de Chile, se ha debatido especialmente, la calidad de autoejecutable y la jerarquía del Convenio 169 y, tanto el Tribunal Constitucional de Chile, como en fallos de las Cortes nacionales, se ha señalado que se trata de un acuerdo con obligaciones autoejecutables y que las actuales normas nacionales, algunas a través de decretos (DS 124) y no mediante leyes, darían cumplimiento a lo establecido en dicho Convenio. Con todo, ello no ha impedido un debate creciente en la doctrina y la necesidad de una perspectiva desde el derecho internacional.

El Convenio 169, constituye una tendencia de los Estados, de hacer más participativos los procesos de toma de decisiones, en particular el proceso normativo y la aprobación de proyectos que puedan afectar a distintas comunidades. En este sentido, vale la pena considerar si la tendencia descrita, se debe o está inserta en la presión que las exigencias de mayor transparencia por una parte y de ser copartícipes

⁸⁸¹

<http://www.pulso.cl/noticia/economia/economia/2013/01/7-16926-9-sonami-advierte-sobre-la-incertidumbre-juridica-asociada-al-convenio-169-de-la.shtml> (acceso 14 de julio de 2015).

en las decisiones. Como es de suponer, el adecuado acceso a la información en su vertiente de transparencia activa y pasiva son necesarios en este proceso, pero debemos evaluar, cómo desafía las actuales normas de acceso para un adecuado cumplimiento de los estándares que en general son poco claros a este respecto.

En efecto, desde hace décadas la preocupación por la marginación histórica de grupos minoritarios como etnias denominadas originarias en los países deben ser “compensadas” o deben ser redefinida la relación del Estado y la sociedad con estos grupos que muchas veces se encuentran dentro de los grupos más pobres de las sociedades latinoamericanas.

No hay duda que la transparencia juega un papel importante en los procesos de consulta que, el mismo texto del Convenio le atribuye para producir un diálogo y alcanzar acuerdos. No hay consenso, en todo caso, en cuanto al verdadero significado que debe darse al resultado de las consultas, es posible que si se inserta dentro de la órbita de la transparencia se logre una mejor oportunidad de acercamiento de las partes (empresarios y comunidades), que desde hace mucho, han desarrollado desconfianzas y algunas veces, enfrentamientos violentos.

Existen alternativas en el derecho comparado, como el caso de Canadá, que han implementado acuerdos denominados *Impact and Benefit Agreements*, según Sebastián Donoso⁸⁸² existen unos 200 en Canadá, en los que se observan mecanismos de comunicación y diálogo y de participación, entre otros.

El debate hasta ahora, parece estar demostrando, que las diferencias parecen irreconciliables, baste ver que la editorial del Diario El Mercurio⁸⁸³ está promoviendo que el camino del Convenio 169, es “tortuoso” y su aplicación estaría causando “perjuicios”, todo ello, debido a la extrema ambigüedad, en particular, las relativas a la oportunidad y procedencia de la consulta. Concluyendo que todo este proceso, ha llevado a un “ejercicio abusivo de recursos judiciales y reclamos administrativos”, con todo, esta evaluación, este importante medio de prensa en Chile, considera que debe evaluarse la denuncia del convenio internacional, mediante el ejercicio del derecho establecido en el artículo 39 del propio convenio. Esta posición fue inmediatamente

⁸⁸² DONOSO, Sebastián; Empresas y Comunidades Indígenas: El Nuevo Escenario que Plantea el Convenio 169 de la OIT; Centro de Políticas Públicas Pontificia Universidad Católica de Chile, Temas de Agenda Pública Año 9 N.º 73, Noviembre de 2014, p 18–19.

⁸⁸³ Editorial Diario El Mercurio, Sábado 3 de enero de 2015.

rebatida desde las posiciones que consideran que es el Estado de Chile, quien incumple el compromiso al demorar excesiva e injustificadamente la implementación.

6.5.1 Antecedentes históricos de la normativa

En 350 años de historia, el derecho internacional ha evolucionado lentamente, sin embargo, en el último tramo de tres a cuatro décadas, la evolución del derecho en el ámbito internacional, ha cambiado la forma de entender la relación entre los Estados y, en especial, la relación con los individuos y los nuevos sujetos del derecho internacional. El proceso de evolución, marcado por la necesidad de ofrecer adecuados medios de garantía a los derechos humanos, en especial, por las graves violaciones que se observaron en el s. XX, revelaron que los sistemas nacionales, no garantizaron ni protegieron adecuadamente a los grupos más frágiles.

Lo anterior, en buena medida se ha revertido, o está en un proceso de mejoras evidentes, hoy y precisamente, como consecuencia de una evolución en desarrollo económico, que no puede menos que elogiarse, está revelando nuevos desafíos para los Estados.

El efecto cascada de las resoluciones de los tribunales internacionales, que mediante la interpretación de acuerdos internacionales, algunos de ellos bastante genéricos en sus obligaciones, ello posiblemente por temor de los negociadores de ceder soberanía en temas sensibles. Terminan siendo los tribunales internacionales los que van resolviendo los casos y hacen responsables a los Estados por incumplimientos o insuficiencia en sus normas internas, las que no se ajustan a los estándares asumidos en las convenciones en temas de derechos humanos, algunos de ellos, denominados de tercera generación.

Para una debida interpretación del Convenio 169, y su correcta implementación, se deben analizar varias normas en conjunto sobre este tema Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas del 13 de septiembre de 2007, con carácter de *softlaw*, Convención Internacional para la eliminación de toda forma de discriminación racial; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Internamente la ley Indígena N.º 19.253 y DS 124.

Con la evolución de sistema jurídico internacional y, a través de un proceso generado desde las Cortes, mediante el referido efecto cascada, que termina actualizando y, por qué no decirlo, forzando cambios en los sistemas jurídicos internos, se observa el reconocimiento y consolidación de los derechos humanos de tercera generación, esto es, derechos de los pueblos o de solidaridad, incorporándose a los pueblos como sujetos de derecho internacional. En este proceso, no puede negarse que existen distintos niveles de cumplimiento de algunos Estados de sus compromisos y de otorgar una adecuada protección de garantías básicas (derechos de primera generación) que están reconocidas en las normas internas, y de una falta de protección de derechos económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación) y como afirma Elías Estrada, “[l]os derechos de tercera generación⁸⁸⁴ para que en realidad garanticen una concordancia con los derechos fundamentales del hombre, deben derivar de ellos y no emanar como algo nuevo derivado de las circunstancias actuales, que es como la mayor parte de la doctrina los concibe o al menos, justifica o explica”⁸⁸⁵.

El principio fundamental que inspira los derechos de tercera generación y, en particular el Convenio 169, es el de no discriminación y, debe mirarse a la luz de dicho principio el logro de sus objetivos en la interpretación de su implementación.

6.5.2 Estatus Jurídico de los Tratados en Chile, evolución del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Varios autores, le reconocen al Convenio un rango constitucional, por tratarse de un tratado de derechos humanos, ello en todo caso ha sido en el último tiempo, un tema bastante controvertido entre la doctrina⁸⁸⁶. No debería entonces, obviarse que existe una falta de consenso como para atribuirle simplemente un carácter supraconstitucional, ya que, además, algunos autores le consideran como un derecho autoejecutable, [e inderogable] justiciable aunque no vinculante⁸⁸⁷.

⁸⁸⁴ Concepto que no es aceptado por toda la doctrina, por dársele una connotación de menor importancia respecto de otros derechos humanos.

⁸⁸⁵ ESTRADA LÓPEZ, Elías; Derechos de Tercera Generación; Revista Podium Notarial, Número 34. diciembre 2006; pág. 255.

⁸⁸⁶ Ver R. BERTERLSEN; S. MONTT, M.; T. RIBERA; H. NOGUEIRA; M PEÑA, R. TRONCOSO, entre otros.

⁸⁸⁷ MONTT, Santiago Y MATTA AYLWIN, Manuel; Una Visión Panorámica al Convenio OIT 169 y su Implementación en Chile; Revista Estudios Públicos, 121 (verano 2011) pág. 190.

Consideramos que es correcto pensar que algunas de las disposiciones del Convenio podrían tener un carácter de normas de DDHH de tercera generación y, por extensión del art 5.º n.º 2 de la Constitución Política, deben tener una especial protección por ser una “limitación de la soberanía”. Sin embargo, precisamente por tratarse de normas que están evolucionando y de carácter genérico, parece necesario, que deben ser objeto de una adecuada implementación, ello aunque pueda verse con legítima desconfianza, pues podría pretenderse como una excusa del Estado para evadir sus compromisos internacionales. En esto, debemos ser categóricos, ya que no puede utilizarse por el Estado como excusa para incumplir o postergar de manera injustificada el cumplimiento e implementación, en el más breve plazo que sea posible.

Para algunos autores, se trataría de derechos colectivos, y ello “[...] se sustenta en la convicción de que éstos corresponden a los pueblos indígenas en su calidad de sujetos colectivos de derechos; y asimismo, que el pleno goce de los derechos humanos de quienes integran estos pueblos está supeditado al ejercicio de los derechos colectivos que les asisten como miembros de dicha colectividad”⁸⁸⁸.

Aunque no comparten esta posición otros autores nacionales, como Sebastián Donoso⁸⁸⁹.

Frente los tratados en materia de derechos humanos, existen varias corrientes, para Montt y Matta, nuestro país seguiría la tendencia monista y existiría un “acoplamiento” total, incluyendo autoejecutabilidad o efecto directo y supremacía⁸⁹⁰, por lo dispuesto en el art 5º de la Constitución. Para ellos, dichos tratados gozarían de una “protección de inderogabilidad” y, esto no por la naturaleza del tratado, sino por la protección que le otorgaría el referido art 5.º.

Aunque es difícil entender que se quiera derogar el reconocimiento de DDHH que conlleva el Convenio 169, es el propio Convenio el que establece una forma de ponerle término en su art 39 n.º 1891., a los 10 años de vigencia.

⁸⁸⁸ Las implicancias de la ratificación del Convenio N.º 169 de la OIT en Chile; Programa de Derechos de los Pueblos Indígenas 2a edición revisada y aumentada Junio de 2010; Observatorio Ciudadano. pág. 31

⁸⁸⁹ DONOSO. Op. cit. 672 pág. 11.

⁸⁹⁰ MONTT, Santiago Y MATTÁ AYLWIN, Manuel. Op. cit. 677 pág. 166

⁸⁹¹ “1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un

6.5.3 Autoejecutabilidad y constitucionalidad⁸⁹² de la consulta

El TC señaló cuál era su interpretación de la Consulta, como se analizará, en el sentido que “[c]onsultar a los pueblos interesados mediante procedimientos e instituciones representativas (a. 6.º, N.º 1.º, letra a) tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada como, porque, como bien lo afirma el Presidente de la República en su contestación, el artículo 22 de la Ley N.º 18.918”.

Ya se ha comentado, que nuestra posición es diferente a la del Tribunal y pensamos que no existe claridad respecto del procedimiento y ello se estaría resolviendo, mediante un nuevo reglamento con formato de un decreto y no de una ley, como se ha criticado por varios autores.

“La Cámara de Diputados consideró que el tratado no contenía normas de carácter orgánico constitucional, por lo cual hizo un juicio explícito, al establecer categóricamente la ausencia de normas susceptibles de calificarse con un quórum especial, e implícitamente, al rechazar la posibilidad que el tratado tuviera normas autoejecutables que modifiquen disposiciones de rango orgánico constitucional en nuestro ordenamiento. Con esta calificación está reconociendo que no hay normas en el tratado de ley orgánica. [y en cambio] Son las que ejecuten dichos preceptos las que pueden tener ese carácter”.

Las obligaciones establecidas en los art 6.º y 7.º del Convenio, en cuando a consulta y derechos de participación, no fueron consideradas como inconstitucionales⁸⁹³. Tampoco, comprometerían la forma del Estado unitario.

La forma de Estado unitario⁸⁹⁴, significa que “hay un solo ordenamiento jurídico positivo generado en sus órganos centrales, aplicable a todas las personas, en la extensión de su territorio, sobre la universalidad de materias o aspectos que pueda comprender la competencia estatal”.

acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado”.

⁸⁹² Fallo Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, pág. 23. Causa Rol 309-2000.

⁸⁹³ Fallo Tribunal Constitucional de 3 de abril de 2008, pág. 19-20. Causa Rol 1050-2008.

⁸⁹⁴ SILVA BASCUÑÁN, A.; Tratado de Derecho Constitucional, tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 79.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, estimó que el artículo 7.º, N.º 1.º, oración final “[a]demás, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [...]”, fue considerada como autoejecutable.

6.5.4 Normas programáticas

Categorizada con el término de “programáticas”, por el Tribunal Constitucional y, aunque se discute en la doctrina, si ello implica que se trataría de normas genéricas y equívocas, para Valdivia⁸⁹⁵ “*en la medida que una norma programática es una promesa consciente de la necesidad de orientar a futuro el derecho en cierta dirección [...]*”, ello podría implicar un rumbo claro de la legislación.

De acuerdo con el Fallo del Tribunal Constitucional, las disposiciones del Convenio 169 son, en su mayoría no autoejecutables, y “*revisten el carácter de programático, es decir, son compromiso del Estado y sus Poderes que se comprometen a realizar*”⁸⁹⁶. En particular, y respecto del art 14.º del Convenio, el TC expresó con claridad que dicho Convenio “[...] *no ejecuta por sí mismo las medidas sino que invita a los Estados a ponerlas en ejecución, debe precisarse que los procedimientos necesarios para implementarlas deben ajustarse al marco del sistema jurídica nacional en el que, ni la Constitución Política ni la ley, dan cabida a expropiaciones para tal efecto*”⁸⁹⁷, y, por ello, no se vulneraría la Constitución Política.

En cambio, para Nancy Yáñez⁸⁹⁸, el Convenio no puede ser catalogado como simplemente programático, toda vez que su normativa, como toda regla de derechos humanos engendra obligaciones negativas y positivas al mismo tiempo y, no por ello, pierden su carácter de derechos fundamentales. Matta,⁸⁹⁹ agrega que por aplicación del art 5.º de la Constitución, los órganos del Estado [respecto del derecho a la tierra y a los recursos naturales] deben necesariamente ser respetados y promovidos en forma

⁸⁹⁵ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel; Alcances jurídicos del Convenio 169; Op. cit. 677 pág. 43.

⁸⁹⁶ Fallo Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, pág. 62. Causa Rol 309-2000.

⁸⁹⁷ Fallo Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, pág. 15 Causa Rol 309-2000.

⁸⁹⁸ CONTESSE, Jorge Ed. El Convenio 169 de la OIT y el derecho Chileno; Ediciones Universidad Diego Portales 2012, pág. 108.

⁸⁹⁹ *Ibíd.*, pág. 112.

inmediata por los órganos del Estado, y no podrán invocar el carácter programático para no aplicarlas. E insiste, que no debe interpretarse el capítulo que se refiere a la implementación (art 34), como que se requiera de una norma interna para su aplicación. No compartimos esta postura, como explicaremos más adelante.

Por otro lado, Valdivia⁹⁰⁰, considera que “[...] *los Estados, no han concebido herramientas jurídicas que aseguren la aplicabilidad automática de sus reglas [del Convenio], sino que se limita a cautelar indirectamente su eficacia, por la vía de la responsabilidad en caso de transgresión*”.

6.5.6 Normas *self executing*⁹⁰¹

Los tratados internacionales de derechos humanos, postura que también es debatida, han sido declarados por la Corte Suprema, como que “[...] *se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos*”⁹⁰².

En todo caso, varios autores como Montt, Matta y Contesse, difieren y consideran que, no es posible hacer una distinción de esta naturaleza, respecto de las normas sustantivas del tratado y desconocer sus obligaciones.

El término *self-executing*⁹⁰³, es un concepto que viene de una creación jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos y que ha sido poco a poco

⁹⁰⁰ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel en CONTESSE Ed. Op. cit. 688 pág. 64.

⁹⁰¹ *Self Executing*: son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son auto suficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. *Non Self Executing*: son aquéllas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva.

⁹⁰² Corte Suprema de Chile, Rol 1984-09, 3 de diciembre de 2009; Considerando vigésimoprimer.

⁹⁰³ “The Supreme Court has defined a “self-executing” treaty as one for which “no domestic legislation is required to give [it] the force of law in the United States”. *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243, 252 (1984). Under the Restatement view, a ratified treaty is “self-executing” so long as it is not “non-self-executing,” and treaties are non-self-executing “(a) if the agreement manifests an intention that it shall not become effective as domestic law without the

asimilado como criterio válido por varias legislaciones. El concepto debe entenderse como parte del *Supremacy Clause*, ya que los tratados integran “*the supreme law of the land*”.

El concepto no fue utilizado por la Corte Suprema de los EEUU hasta 1887⁹⁰⁴, sus raíces se encuentran en el caso *Foster y Elam v. Neilson* (27 U.S. 253 (1829)). La Corte utiliza la distinción respecto de, si los tratados “operaban por sí mismos” y, por ello, eran aplicables por las cortes sin una acción legislativa y los que no lo eran judicialmente aplicables, salvo y hasta que se dictara una norma de implementación.

Existe una distinción relevante que realiza Carlos Vázquez⁹⁰⁵, para que un tratado sea no ejecutable consta de cuatro etapas:

- si las partes así tuvieron la intención;
- bien si las cortes lo mantendrán como tal, como materia constitucional;
- el tratado requiera de una legislación local de implementación, declare o exhorte ser no autoejecutable; y, finalmente,
- tratados que deban ser considerados como que no crean un derecho privado a una acción.

Reutilizado el concepto de autoejecutable, el Tribunal Constitucional, emplea similares expresiones que la Corte Norteamericana, ya que “[...] *tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno*”⁹⁰⁶, sin embargo, le reconoce una naturaleza que no parece tener el

enactment of implementing legislation, (b) if the Senate in giving consent to a treaty, or Congress by resolution, requires implementing legislation, or (c) if implementing legislation is constitutionally required”. Non-Self-Executing Treaties and the Suspension Clause After St. Cyr; Stephen I. Vladeck 2004; The Yale Law Journal Vol. 113: 2007.

⁹⁰⁴ DUNHOFF, RATNER Y WIPPMAN; International Law Norms, Actors, Process 2nd Edition Aspen Publishers 2006; pág. 313 (traducción propia).

⁹⁰⁵ Ibíd., pág. 315 (traducción propia). “First, courts will deem a treaty to be non-self-executing when the parties intended that the treaty’s purpose be accomplished through domestic legislation. Second, courts will hold treaties non-self-executing when they address an issue that, as a constitutional matter, requires domestic implementing legislation (for example, criminalizing certain conduct). Third, courts will find treaties or treaty provision that are precatory or hortatory to be non-self-executing. A final category of non-self-executing treaties consists of treaties that are deemed not to create a private right of action”.

⁹⁰⁶ sentencias del Tribunal Constitucional, Rol 309-2000 y 1050-2008.

Convenio, y en su propio texto, podemos apreciar que se incluye una norma de interpretación: "*La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país*"⁹⁰⁷. Puede sostenerse, entonces, que nunca tuvo la intención de ser una Convención de aplicación inmediata y directa al orden nacional, sino que debía adaptarse, de acuerdo con las circunstancias de cada Estado. Pero, puede tener el "contenido y precisión necesarias" un derecho a consulta del que no queda claro quién puede representar al colectivo, cuál es el plazo, cuáles las consecuencias de un rechazo y otros aspectos que veremos.

La obligación primaria que asumen los Estados al ratificar el Convenio, de acuerdo con el informe de la OIT, es precisamente, la de implementarlo y adecuarlo a la normativa nacional⁹⁰⁸.

Asimismo, para la Comisión del Senado "*[e]l Convenio contempla disposiciones programáticas, redactadas como meras aspiraciones, cuya realización debería darse en la medida de lo posible*"⁹⁰⁹, indicando cómo fue interpretado por el legislativo.

El hecho de ser consideradas algunas de las disposiciones del Convenio como "programáticas", y, en tal condición, no serían susceptibles de un pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, por no encontrarse vigentes, sino que debe esperarse las normas que las implementen. A este respecto, y ello también es compartido por el profesor Femandois,⁹¹⁰ ya que se plantea contrario a dicha tesis debido a que no se trata de una categoría aceptada en el ordenamiento jurídico chileno y que no puede eludirse un pronunciamiento respecto de programas, que también podrían ser

⁹⁰⁷ Convenio 169 de la OIT art. 34.º.

⁹⁰⁸ If a country has ratified Convention 169, then it is obliged to ensure that there are rules or procedures in place to implement the obligations in the Convention. This may be by way of constitutional provisions, specific implementing legislation, administrative regulations, or the inclusion of obligations within other procedures, such as those for the granting of environmental and exploration licenses. (ILO Convention 169 and the Private Sector pág. 4).

⁹⁰⁹ Informe Comisión de RREE del Senado, 9 de enero de 2008, pág. 16.

⁹¹⁰ FERNANDOIS, Arturo (2000) Sentencia del tribunal Constitucional (I). Convenio N.º169 de la O.I.T: sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Informe Constitucional, números 2295, 2296 y 2297, Santiago.

contrarios a la Constitución y que al permitir su aplicación, “*es esperar demasiada responsabilidad de los órganos estatales que aplican diariamente la ley*”⁹¹¹.

Para Matta⁹¹², los órganos del Estado “[...] *no podrán invocar el carácter de meramente programático o no autoejecutable de las normas que contemplan tales derechos [a la tierra y recursos naturales] para no aplicarlas*”.

Esto puede ser correcto, si se trata de derechos humanos de primera generación o, también, respecto de derechos de segunda y tercera generación, y desde luego si se tratara de una norma de *ius cogens*, en cuanto a que el Estado no puede eludir ni postergar el cumplimiento de sus compromisos. Sin embargo, no compartimos esta apreciación, cuando las normas internas deben ajustarse a estándares, muchas veces, muy genéricos y difíciles de interpretar y ajustándose a la realidad de cada país, como es el caso en análisis.

Nos parece plausible considerar que una norma de derechos humanos de primera generación, utilizando la expresión de Karel Vasak, como un habeas corpus, en el que se encuentre amenazada la integridad física o la vida de una persona, no pueda ser sujeto de una excepción por parte de un Estado, pero eso sería menos claro respecto de normas internacionales que teniendo naturaleza de derechos humanos de tercera generación y que, careciendo de claridad o por ser demasiado genéricas (o programáticas), puedan ser exigibles o ejecutables sin la adecuada implementación, cuando ello sea necesario. Así lo ha aceptado a su vez, la jurisprudencia de las cortes norteamericanas⁹¹³.

Desde la reforma de la Constitución Política de Chile en el año 2005 del art 5.º, se ha establecido una limitación explícita a la soberanía, basada en los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y de los tratados internacionales que se refieran a esta materia. La jerarquía que dicha inclusión tiene en el orden jurídico nacional, ha sido muy debatida en la doctrina, y una de las posturas, le confieren un rango de “bloque constitucional”, ya que se trataría de un “[...] *ensanche de las*

⁹¹¹ Citado por DONOSO, Sebastián. Op. cit. 672 pág. 7.

⁹¹² CONTESSE, Jorge Ed. Op. cit. 688, pág. 112.

⁹¹³ VLADECK STEPHEN I.; “Habeas has traditionally been available to allege violations of not only the Constitution and statutory law, but also of ratified treaties that are “self- executing” and statutes implementing8 ratified treaties that are not”. Non-Self-Executing Treaties and the Suspension Clause After St. Cyr; 2004; The Yale Law Journal Vol. 113: 2007 pág. 2008

garantías constitucionales producido a partir del punto de contacto con el derecho internacional no involucra solamente a aquellos derechos establecidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. También incluye aquellos derechos que emanan de otras fuentes del derecho internacional... [como son tratados internacionales propiamente tales, como el ius cogens y la costumbre internacional]”⁹¹⁴.

Pero, además de la prevalencia de estas normas sobre el derecho nacional, se plantea que tanto la costumbre como las normas de *ius cogens*, se incorporarían “*automáticamente al derecho interno, sin necesidad de un acto especial de recepción estatal*”⁹¹⁵ y, agregan, que [los tratados de derechos humanos] “*aun en defecto de ratificación por el Estado, a título de principios generales del Derecho, o incluso a título de costumbre internacional*”⁹¹⁶ (también se incorporarían al ordenamiento nacional).

Se trata de interpretaciones que pudieran aparecer con excesivo entusiasmo, ya que se extienden más allá de lo que la certeza jurídica y las normas de interpretación pudieran aconsejar. A modo de ejemplo, podemos mencionar que se plantea como “*escollos*”⁹¹⁷ del texto, el que no se apruebe directamente “todo” los que algunos sectores desearían, basado en posturas de carácter más ideológico que jurídico.

La evolución del orden internacional, está llevando a una nueva forma de constitucionalismo y los derechos humanos a un neoconstitucionalismo, el que ha sido

⁹¹⁴ Op. cit. 678 pág. 113

⁹¹⁵ Op. cit. 678 pág. 115

⁹¹⁶ GAETE, Eugenio PÁG. 275; citado en Las implicancias de la ratificación del Convenio N.º 169 de la OIT en Chile. Op. cit. 678 pág. 115.

⁹¹⁷ “Según algunos investigadores, en el texto definitivo, quedaron los siguientes «escollos»: «allanar las dificultades» (art. 5.c); «siempre que sea necesario» (art. 8.2); «en la medida que ello sea compatible» (art. 9); «si fuere necesario» (art. 12); «en los casos apropiados» (art. 14.1); «establecer o mantener procedimientos con miras a consultar» (art. 15.2); «siempre que sea posible» (arts. 15.2 y 16.3); «cuando haya lugar» (arts. 16.2 y 27.2); «cuando sea posible» (arts. 22.3 y 23.2); «en la medida de lo posible» (art. 25.2); «siempre que sea viable» (art. 28); «cuando no sea viable» (art. 28); y, «si fuere necesario» (art. 30.2). Frente a lo anterior, algunos expertos argumentaron que esto no era un problema porque existían otros instrumentos que tenían las mismas o parecidas formulaciones y que el principio de «bona fides», los mecanismos de control y vigilancia de la OIT y lo dispuesto en el art.6 del C.169, eran suficientes para despejar las dudas y los temores”.
<http://www.mapuexpress.net/?act=publications&id=4759> última consulta 13 de julio de 2012.

debatido por la doctrina⁹¹⁸ y como afirma Cassese⁹¹⁹, estamos en presencia de una nueva forma que estaría asumiendo el constitucionalismo, al que no estamos habituados. Para hablar de un constitucionalismo internacional (en sentido material) o en el sentido de las relaciones de hecho o convencionales⁹²⁰, que caracterizan buena parte de los vínculos y los intercambios en un mercado y un meta mercado.

6.6 El derecho a consulta previa

La obligación de la consulta, ha sido destacada como una de las piedras angulares del Convenio, porque incluye a los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones, en las materias que pueden afectarles.

La consulta, se ha incorporado en varios aspectos dentro del Convenio: Consulta respecto de la aplicación del convenio y de medidas legislativas y administrativas que puedan afectarles; explotación del suelo y subsuelo; enajenación de las tierras y respecto de planes educativos.

Para la CIDH, “[...] *la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general de Derecho Internacional*”⁹²¹, ello se fundaría en la gran cantidad de países que han incorporado en sus normas internas esta obligación, incluso Estados que no han adherido al Convenio 169, como Canadá, EEUU, Nueva Zelandia, entre otros.

El conflicto puede originarse en dos posiciones, por una parte, parece haberse sobredimensionado la interpretación del alcance de la consulta, como si fuera un requisito que pudiera dar incluso derecho a veto, y por la otra, hay autores que la han infra-dimensionado, considerándolo un mero trámite de información.

⁹¹⁸ FUENZALIDA, Sergio; “El Juicio por Inconstitucionalidad al Convenio 169 de la OIT Análisis Crítico de las Posiciones de las partes y del Fallo del Tribunal Constitucional a la luz de los Pueblos Indígenas” Tesis de Magister p. 132.

⁹¹⁹ CASSESE. *Oltre Lo Stato Op. cit.* 25 pág. 189. (traducción propia).

⁹²⁰ CASSESE. *Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato Op. cit.* 60 pág. 141 (traducción propia).

⁹²¹ *Sarayaku vs Ecuador CIDH* para 164.

Consultar⁹²², viene de considerar, deliberar, y según el diccionario, su acepción más ajustada al caso, sería “[p]edir parecer, dictamen o consejo”. El Convenio, debería en este ámbito, interpretarse en ese mismo sentido, y las autoridades deberían desarrollar un proceso de consulta, que incluya al menos, tres etapas necesariamente para un proceso exitoso de consulta:

- informar previa y adecuadamente a las comunidades de las circunstancias e implicancias que tenga la decisión que pueda tener efectos en el sentido del Convenio;
- escuchar y entender la posición de los pueblos originarios; y
- resolver incluyendo y sopesando tanto las consideraciones de las comunidades como otra circunstancia que sea relevante y pertinente al caso.

Para James Anaya, Relator Especial de ONU, la consulta implica que deben llevarse “[...] *negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones*”⁹²³.

Coincidimos con la aclaración del Relator e reafirmamos en esta aclaración la relevancia decisiva en cuanto a que la información debe ser entregada en forma oportuna, de buena fe y debe útil a su propósito que es garantizar una consulta adecuada.

Los criterios que sugiere el Relator Especial⁹²⁴, son los siguientes:

- la consulta debe realizarse con carácter previo;
- la consulta no se agota con la mera información;
- la consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes;
- la consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; y
- la consulta debe ser sistemática y transparente.

⁹²² Diccionario de la RAE 22.^a Edición.

⁹²³ ANAYA, James Una Cuestión Fundamental: el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas”, Informe del Relator JAMES ANAYA, 12 período de sesiones, septiembre de 2009.

⁹²⁴ Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile; 24 de abril de 2009, James Anaya.

Como indica el Relator Especial, informar, no sería suficiente en el proceso de consulta, parece anticipar, que la información tiene un rol significativo en la participación y en la toma de decisiones, se trata como hemos adelantado de un proceso de Transparencia Participativa.

La institución obligada directamente a la consulta sería el poder legislativo y sus comisiones “[...] *la jurisprudencia constitucional chilena ha establecido que corresponde al Parlamento una obligación específica para llevar a cabo las consultas a los pueblos indígenas en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente*”⁹²⁵.

Ya que para el Tribunal Constitucional, “[...] *está modificando las disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional*”⁹²⁶ y, por lo tanto, deberá tenerse en cuenta en la tramitación de las leyes. Sin embargo, esto no libera, sino que compromete además, al ejecutivo para desarrollar procedimientos de consulta adecuados.

6.7 Casos de transparencia y la implementación del Convenio

A continuación, comentaremos respecto de algunos aspectos que se han llevado ante el Consejo para la Transparencia:

a) María Inés Quechuyao Vásquez con Municipalidad de Futrono Rol C1691-14, del 1 de octubre de 2014.

En relación con la normativa chilena⁹²⁷ que establece la obligación de izar el emblema del pueblo mapuche en las actividades públicas. Se requirió por una particular, la exhibición del texto del decreto; así como también los parámetros que se emplearon para desarrollar la consulta establecida en el Convenio 169 (objetivo, variables, territorio, información o recopilación de los datos de la referida consulta, resultados y fechas), todo ello en el proceso de dictarse el referido decreto municipal y

⁹²⁵ Informe Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en Relación con la Reforma Constitucional en Materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile; James Anaya. Op. cit. 714 pág. 13.

⁹²⁶ Tribunal Constitucional de Chile, Sentencia Rol 309, 4 de agosto 2000, Considerando 7.º, citado por Informe de James Anaya. Op. cit. 714.

⁹²⁷ Decreto Alcaldicio N.º 2881 de la Municipalidad de Futrono.

en cumplimiento de las obligaciones de realizar una consulta como un proceso que cumpla los estándares del Convenio.

El amparo, fue acogido por el Consejo, por darse los elementos de la ley de Transparencia con fecha 1.º de octubre de 2014, esto es, 50 días después de presentada la solicitud, sin embargo, con posterioridad al ingreso, se había dado cumplimiento a la solicitud de la requirente, directamente por la entidad municipal, por lo que se dejó constancia de la pertinencia del fundamento de la solicitud, aunque fuere ya innecesario, por estar cumplida la entrega.

El Sistema Anticipado de Resolución de Controversias del propio Consejo, se encargó de las actividades de contactos y recopilación de antecedentes. El órgano reclamado (la Municipalidad) declaró que la información ya había sido entregada, no obstante que ya se había excedido el plazo legal del artículo 14 de la ley. De esta manera, se requirió a la reclamante si estaba conforme con la respuesta y, ante su silencio, se declaró que se acogía el recurso de amparo, pero al mismo tiempo, se daba por cumplida la obligación de la Municipalidad, aunque en un plazo mayor al establecido por la ley.

Lo interesante de comentar respecto de este recurso, más que las formalidades, es el contenido de la petición del requirente, y se trata de conocer si el procedimiento realizado por la autoridad municipal ha cumplido con plazos razonables, cumple con un levantamiento serio y adecuado de los potenciales consultados. El proceso de consulta, de nada sirve si no cumple con estos estándares de buena fe, que están implícitos en la reclamante.

Un proceso de consulta, realizado en una norma que ya es bastante genérica, pero que ha sido complementada con las recomendaciones del Relator Especial de ONU, James Anaya, debe ser un proceso realizado, con la intención de obtener un resultado en base a la buena fe y no un mero trámite formal que se da por cumplido al solo convocar a un grupo o una fracción seleccionada y conveniente a un resultado premeditado.

b) Ylenia Hartog con Servicio de evaluación ambiental, Rol: C1653-12, 16/01/2013 En octubre de 2012, se solicitó al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) lo siguiente: *“a) Pronunciamientos preliminares o borradores previos a la aprobación, por parte del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, del “Pre-Informe Final, proceso consulta indígena sobre el Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental,*

Guías de Procedimiento de Participación Ciudadana y de Apoyo para la Evaluación de alteraciones significativas sobre Pueblos Originarios”, además de los anexos.

Además de esta información, se requirieron otros antecedentes que fueron denegados en virtud de la causal de reserva del artículo 21, ya que según el SEA, “[los antecedentes] *forman parte precisamente del proceso deliberativo asociado a la aprobación del Nuevo Reglamento del SEIA, que aún se encuentra pendiente*” y que “[...] *la divulgación en esta etapa de los antecedentes solicitados, en cuanto deliberaciones previas a la aprobación del texto definitivo del Reglamento, podría provocar distorsiones o generar expectativas en la ciudadanía, dar lugar a erróneas interpretaciones, o que se asuma anticipadamente un cambio de criterio de parte de la autoridad en cuanto a la aplicación de ciertas normas, e incluso más, podría producir el riesgo de que la normativa que se proyecta sea utilizada y que no se condiga posteriormente con la decisión final adoptada en cuanto a la reglamentación definitiva, generando una confusión tal que perjudique el actual funcionamiento del Sistema [...]*”⁹²⁸.

La denegación se fundamentó en que se trataba de deliberaciones previa a un reglamento, cuyo conocimiento “*podría provocar distorsiones o generar expectativas en la ciudadanía, dar lugar a erróneas interpretaciones, o que se asuma anticipadamente un cambio de criterio de parte de la autoridad en cuanto a la aplicación de ciertas normas, e incluso más, podría producir el riesgo de que la normativa que se proyecta sea utilizada y que no se condiga posteriormente con la decisión final adoptada en cuanto a la reglamentación definitiva*” y, de esa manera, afectar el funcionamiento del órgano. Nos llama la atención que se trata de una argumentación tan amplia y genérica y, del todo especulativa y, sin posibilidades reales de prueba.

La requirente, por su parte, estimó que la consulta como parte de un proceso deliberativo es, en sí un acto que ya se ha ejecutado, cosa que la autoridad desecha como argumento, “[...] *ya que la consulta debe realizarse dentro del contexto de la adopción de una medida administrativa o legislativa que es el resultado de un proceso compuesto por una serie de actos tendientes a conformar una voluntad. No sería entonces, un acto de autoridad, sino una instancia de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas e inserto en un procedimiento administrativo compuesto de una serie de actos relacionados [...]*”.

⁹²⁸ Respuesta N 2 letra b) Amparo C 1653-12

Se discutió asimismo, si la consulta del proceso deliberativo, ya se trataría de un acto ejecutado y concluido, no se trataría de un acto de la autoridad, sino una instancia de diálogo e *“inserta en un procedimiento administrativo compuesto de una serie de actos relacionados, que tendrán por resultado la dictación de un acto terminal como lo es el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”⁹²⁹*, se trataría entonces de un procesos que consta de dos etapas, la consulta que recoge las impresiones y realiza una evaluación que se materializa en un Pre Informe Final y la otra que constituye los resultados definitivos de la consulta y se comunica si se acogen los planteamientos.

En un voto de mayoría se acogió parcialmente el amparo ya que se concedió conocimiento a: los borradores o pronunciamientos preliminares del pre- informe asociado al proceso de consulta; nómina de las personas que habiendo sido invitados a las reuniones respectivas del proceso de consulta no asistieron, sin indicar la calidad en cuya virtud fueron convocados además de los motivos de la inasistencia y a totalidad de los antecedentes generados en el proceso con posterioridad a la dictación de acuerdo N.º 8 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad⁹³⁰.

En los considerandos, el Consejo estima que se puede concluir que la etapa de consulta comprende dos fases:

- una que dice relación con la realización misma de la consulta, que recoge los planteamientos recibidos por las personas consultadas y efectúa una evaluación preliminar de las consultas el que se registra en un informe llamado “Pre-Informe Final, proceso consulta indígena sobre el Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental, Guías de Procedimiento de Participación Ciudadana y de Apoyo para la Evaluación de alteraciones significativas sobre Pueblos Originarios”, documento que ya se había entregado al reclamante; y

- la fase dos, se trata de los resultados definitivos del proceso de consulta y se entrega un informe final.

Se invocó causal de reserva del artículo 21 N.º1 de la ley, esto es, *“[...] que se encuentre en actual tramitación un procedimiento destinado a la adopción de una medida, política o resolución, sin que ésta se haya adoptado, y, además, que la divulgación de la información requerida afecte el debido cumplimiento de las funciones del organismo”*. Y

⁹²⁹ Resolución Amparo C1653-12, Descargos N° 4 letra a.

⁹³⁰ Resolución Amparo C1653-12, Resolución II letra a.

los antecedentes solicitados, se refieren a una etapa del proceso que ya se encontraba concluida por ello, no se acepta respecto de esa etapa la causal invocada respecto del Pre Informe. Y, además, según lo informado por el propio requerido, el SEA “[...] *se desprende que la información en cuestión no incidiría en el proyecto final, en el sentido que las deliberaciones que determinarían la incidencia de los antecedentes recogidos en la consulta habían tenido lugar con posterioridad a la emisión del pre-informe, en la elaboración del reglamento definitivo*” y ya no se configuraría la causal de reserva invocada, respecto de esa parte de la información y de esta manera, no afectaría la función del organismo.

La resolución del Consejo, fue rechazar parcialmente el amparo y la solicitud de información, ya que el organismo requerido ha justificado la aplicación de una de las causales de reserva respecto de la letra b), esto es, “[...] *referida a dos puntos: en primer término a los nombres de las personas que habiendo sido invitados a las reuniones no asistieron, además de los motivos de la inasistencia; y en segundo lugar al detalle de las opiniones expresadas en dicha instancia por los asistentes, ya que esta última información no figura en el pre-informe. Los antecedentes señalados en ambos literales dicen relación con la primera subfase de la etapa de consulta, la cual culminó con la emisión del pre-informe citado*”⁹³¹.

Sin perjuicio de ello, se afirma que, si con posterioridad desaparecen los presupuestos que han sido el fundamento del secreto invocado, se recomienda que se haga entrega de la información.

El Consejo en su resolución, estimó que los antecedentes requeridos, se referían a una etapa ya concluida y ya habían sido ponderados por la institución en lo que se denominó la primera sub etapa, y que además no incidiría en la fase siguiente y final, ya que se habrían basado en una etapa posterior a este Pre Informe. De esta manera, no se configuraría la causal de excepción de la ley, en cuanto a ser un trámite pendiente y no se haya adoptado una medida y pueda afectar las funciones del órgano. El Servicio de Evaluación Ambiental no logró en su razonamiento explicar de qué manera en este procedimiento para la dictación del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA), se aplicaban las causales legales, como ya se ha dicho restrictiva y excepcional ante el principio de la transparencia y acceso. No basta ciertamente la mera invocación de las causales de reserva, sino que deben justificarse y

⁹³¹ Considerando 3, Amparo C 1653-12.

acreditarse ante el requirente y ante la entidad que vela por el adecuado cumplimiento de la ley, en este caso el Consejo.

En definitiva, se acogió en parte la solicitud, en el sentido de requerir la entrega de la información solicitada respecto de “[...] *los borradores o pronunciamientos preliminares del pre- informe asociado al proceso de consulta, además de los anexos del mismo que figuran en su punto 7; ii) con respecto a la letra b) de la solicitud: la nómina de las personas que habiendo sido invitados a las reuniones respectivas del proceso de consulta no asistieron, sin indicar la calidad en cuya virtud fueron convocados además de los motivos de la inasistencia; y iii) respecto al literal c) de la solicitud: la totalidad de los antecedentes generados en el proceso con posterioridad a la dictación de acuerdo N.º 8 del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, excluidos ciertamente los antecedentes referidos en las letras a) y b) de la solicitud, recién examinados*”.

Es interesante, advertir el énfasis que hace el Consejo, al argumentar su deliberación y, en ella, se aprecia como hace una división de los actos en el proceso y la necesidad de mantener la reserva en una parte del proceso ya concluida y, otra, que se encuentra en etapa inconclusa y deja admisible la reserva únicamente aquella que se encuentra pendiente, pero no así, respecto de la que se haya concluida, ya que es esa precisamente la protección que otorga la ley y nos parece correcta la interpretación que realiza.

c) Gabriela Tramón Pérez con Servicio de evaluación ambiental, Rol: C1390-14, 08/09/2014.

El Servicio de Evaluación Ambiental de la Región de Los Ríos, no accedió a la solicitud de requerimiento de acceso a información, respecto al estado del proceso de consulta de proyectos hidroeléctricos “[...] *EIA Pequeñas Centrales Hidroeléctricas de Pasada Florín II y Florín III, Línea de Alta Tensión S/E Neltume-Pullinque, y Central Hidroeléctrica Neltume*”, procesos de homologación; acuerdos metodológicos; explicitar las instancias técnicas o participativas que hayan existido; protocolos de acuerdo, todos ellos en conformidad al Convenio 169 de la OIT.

La denegación del acceso fue fundamentado en que se trataba de un proceso previo a la elaboración de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), que la publicidad de los antecedentes solicitados, afectaría las herramientas de gestión

ambiental⁹³², perjudicando la eficiencia del proceso de evaluación y que además se trata de informes parciales que implicaría contravenir los objetivos de consulta, por afectar la claridad y certeza para los participantes y su divulgación permitiría que sean utilizados sin una validación técnica⁹³³.

La entidad requerida de Evaluación Ambiental, argumentó en su respuesta que, se trataba de un proceso de “[...] *evaluación ambiental en el cual se enmarca la Consulta Indígena culmina con un acto administrativo terminal denominado Resolución de Calificación Ambiental (RCA), siendo este acto en esencia, una medida administrativa, fundada y firmada por el Director Ejecutivo [...]* ”⁹³⁴, en dicho proceso se establece la obligación de realizar consultas a los pueblos originarios en el área que corresponda, “[...] *cuando una medida administrativa como es la RCA genere susceptibilidad de afectación directa esto es, cuando exista el riesgo de generar impactos significativos a los grupos humanos pertenecientes a los pueblos indígenas producto del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental*”⁹³⁵.

El recurrente por su parte, argumentó que la información de la consulta no tiene carácter de reservada⁹³⁶, que el propio expediente “*de la evaluación será público a excepción de los documentos o piezas que contengan los antecedentes técnicos, financieros*” y si lo solicita el interesado, siendo además el marco rector del D.S 66/2013, la buena fe en el proceso “*mediante un diálogo sincero, de confianza y de respeto mutuo, sin presiones, de manera transparente, generando las condiciones necesarias para su desarrollo y con un comportamiento responsable*”⁹³⁷. La entidad recurrida, refuta este último elemento, afirmando a su vez, que hacer público antecedentes que las propias comunidades que participan en la consulta, no soliciten darle publicidad, ello podría afectar las confianzas y ello afectaría el objetivo final del todo el proceso, cual es, “*la posibilidad de llegar a un acuerdo cuando existe susceptibilidad de afectación directa*”⁹³⁸, y hasta que no se concluya este proceso, se trataría sólo compromisos que podrían ir

⁹³² Resolución Amparo C1390-14, Respuesta N 2 letra f.

⁹³³ Resolución Amparo C1390-14, Respuesta N 2 letra h.

⁹³⁴ N.º 2 letra b), respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental Amparo C1390-14.

⁹³⁵ N.º 2 letra c), respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental Amparo C1390-14.

⁹³⁶ Resolución Amparo C1390-14, Respuesta N 3 letra c.

⁹³⁷ Resolución Amparo C1390-14, Respuesta N 3 letra e.

⁹³⁸ Resolución Amparo C1390-14, Respuesta N 3 letra g.

variando en un trámite aún inconcluso. El propio servicio recurrido, estima en su argumentación es que la publicidad podría interrumpir el desarrollo de la consulta, sin alcanzar los resultados, no pudiendo formar parte en los acuerdos.

Si se accediera a la entrega de la información requerida, antes del término del proceso, según el SEIA, ello podría generar confusión o retrotraer los avances en el proceso, ya que los antecedentes de la consulta se consideran “[...] *acuerdos o antecedentes que podrían ir variando durante el desarrollo de dicho proceso*”, el que podría verse afectado o alterado por la publicidad, afectándose las herramientas de gestión ambiental, perjudicando la eficiencia del proceso, y los mecanismos que permiten desarrollar el procedimiento de evaluación ambiental.

Para el organismo requerido, se afectaría el sentido mismo de la consulta y una contradicción con los objetivos de “[...] *dar claridad y certeza a los participantes del proceso de evaluación ambiental*”, permitiendo, además, que sean utilizados sin haber tenido una validación técnica.

Por su parte, el requirente, se opuso a los argumentos de rechazo, aduciendo que la publicidad es un principio anterior y superior al proceso de consulta, la información de la consulta no puede ser reservada, y el nuevo reglamento del SEIA, establecen que el expediente debe ser público, restringiendo su reserva solo a los “[...] *documentos o piezas que contengan los antecedentes técnicos, financieros y otros que, a petición del interesado (el proponente), se estimare necesario substraer del conocimiento público*”⁹³⁹, asimismo, que la falta de publicidad puede comprometer la buena fe que está implícita en el proceso de consulta y afectar las confianzas de las partes, comprometiendo el resultado que se busca en la consulta.

En la parte considerativa de la resolución, se estima que la buena fe por parte del Estado, está mencionada en el Reglamento⁹⁴⁰, y se trata de un principio rector del proceso de consulta, en el que las partes del proceso deben actuar de manera leal y correcta con la finalidad de llegar a un acuerdo y el Estado, debe actuar con la debida diligencia, esto es, “[...] *disposición de medios que permitan la generación de condiciones para que los pueblos indígenas puedan intervenir en un plano de igualdad* [...]”⁹⁴¹

⁹³⁹ N.º 3 letra d), respuesta del Gabriela Tramón Pérez, Amparo C1390-14.

⁹⁴⁰ Art 9.º Decreto 66 de 2013, Ministerio de Desarrollo Social.

⁹⁴¹ N.º 1 letra b) considerandos Amparo C1390-14.

Frente a la causal de reserva invocada por el servicio que denegó información, el Consejo ya había establecido un criterio que se reitera en los considerandos⁹⁴², esto es, la concurrencia de varios requisitos:

“a) que la información requerida sea un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política, y

b) que la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano”.

Parte de la denegación de la solicitud, se refiere a explicitar el estado de tramitación de determinados proceso y el Consejo considera que, no se ha justificado la manera que esta información pudiera afectar o implicar una “[...] *obstrucción a la decisión de la autoridad sobre el particular, o afecte la buena fe o confianza de las comunidades indígenas intervinientes*” y no serían elementos de carácter sustantivo de los acuerdos alcanzados durante el procedimiento de consulta.

Se puede apreciar claramente, cómo el servicio requerido, pretende dar una interpretación ampliada a la documentación o los antecedentes, respecto de una causal que es restrictiva y no estaría justificada en el proceso y para la protección y seguridad del proceso y el cumplimiento de los objetivos del órgano, nos parece que es del todo injustificada e infundada esta pretensión.

En su resolución, el Consejo, acogió parcialmente la solicitud de información, lo que en definitiva, implica aceptar, prácticamente todo lo que le fuera solicitado *“a) Estado del proceso de homologación b) Tenor de los acuerdos metodológicos, si se hubiere llegado a alguno. c) Si han existido reuniones, mesas técnicas u otro tipo de instancia participativa en los términos del Convenio N.º 169 de la OIT. d) Si han existido protocolos de acuerdo”.*

El Consejo, estimamos que correctamente, concedió parcialmente el recurso y estimó que parte de la información no puede afectar el proceso, ya que se trata de información muy genérica, ya que *“se requirió informar si han existido reuniones, mesas técnicas u otro tipo de instancia participativa en los términos del Convenio N.º 169 de la OIT, y si han existido protocolos de acuerdo”*⁹⁴³, ya que no tiene entidad suficiente para afectar los bienes jurídicos a proteger.

⁹⁴² Aamparos Roles A12-09, A79-09 y C248-10.

⁹⁴³ Resolución Amparo C1390-14, Considerandos N.º 8.

Asimismo, no considera que se ha argumentado por el requerido con la justificación que explique cómo la denegación de la información puede obstruir la decisión, afectar la buena fe o la confianza, ya que se trata de antecedentes de forma y ritualidad del procedimiento y sin el carácter sustantivo de los acuerdos. Se trata, de una información que dice relación con mantener informado a un interesado sobre el estado de avance del proceso de consulta y los parámetros formales y no de su contenido.

En su fundamentación, el Consejo reitera el criterio de resoluciones previas⁹⁴⁴, y por lo tanto, debe tratarse o bien de un antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución o que la publicidad pueda afectar el cumplimiento de las funciones del órgano⁹⁴⁵. Nos parece adecuada y prudente la decisión, a la luz del principio a proteger y que no se da en la especie las causales restrictivas y excepcionales a la transparencia.

d) Patricia Albornoza Guzmán con Corporación nacional de desarrollo indígena (CONADI), Rol: C361-11, 21/06/2011.

Se presentó un recurso de amparo en contra de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), debido a la falta de respuesta a la solicitud de acceso a información de Consultas realizadas a Chile por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el marco del cumplimiento del Convenio N.º 169, el anexo sobre las consultas realizadas en el contexto del primer año de vigencia del Convenio 169; listado de las 20 consultas realizadas y una minuta de posiciones y detalle de consultas respecto del Parque Nacional Salar del Huasco, en la Región de Tarapacá.

La información requerida, luego de una gestión oficiosa del Consejo, se confirmó que no estaba disponible en la página web del servicio de CONADI, y por lo tanto no estaba permanentemente a disposición del público⁹⁴⁶ o en formatos electrónicos en internet. Afirmando la recurrida que por un error involuntario no se había respondido oportunamente. Del mismo modo, el Consejo indica en su argumentación que, se ha revisado la página web del servicio (www.conadi.cl) y en ella no figuraban, a la fecha del examen, un acceso a la Consulta de los pueblos indígenas o estuviera disponible en dicha página, la información que se ha solicitado por el

⁹⁴⁴ amparos Roles A12-09, A79-09 y C248-10.

⁹⁴⁵ Resolución Amparo C1390-14, Considerandos N.º 3.

⁹⁴⁶ Art. 15 Ley de Transparencia de Chile L 20.285.

requiriente y, por lo tanto, se habría incumplido el estándar que exige que la información esté “permanentemente a disposición del público⁹⁴⁷” o en formato electrónico en la web.

El recurso de amparo fue acogido en todas sus partes, ya que la información requerida se trataba de información del todo pertinente y datos generales y se ordenó al servicio reclamado corregir los problemas tecnológicos de la página web ya que estaba presentando problemas de funcionamiento, así como adoptar las medidas administrativas que permitan a su representada cumplir estrictamente los plazos legales.

El servicio reclamando, no adujo ninguna casual legal ni excusa para su incumplimiento en tiempo y forma y parece del todo recomendable que los servicios deben velar por un acatamiento de las obligaciones y que esperar un reclamo ante una entidad revisora como el Consejo, parece del todo innecesaria para tener que rectificar una función pública que se entiende como relevante y debiera ante un injustificado retraso, generar responsabilidades administrativas.

Es interesante observar de qué manera la actividad del Consejo termina complementando las actividades de un servicio ante un requerimiento de información, en el sentido de tomar nota de aspectos que pudieren facilitar la información de su labor, mejorando su sistema tecnológico, de acceso y de archivo, que fue una de las externalidades positivas de la ley de acceso a la información, la modernización del Estado, obligación, que se tuvo que ajustar a medida que las solicitudes aumentaron y en las que dar respuesta simple y rápida, se hacía imposible con las capacidades tecnológicas de muchos servicios que estaban incompletas o estaban lejos de poder dar una respuesta satisfactoria.

La obligación de la Consulta, implica que el Estado debe tomar un rol proactivo y previo a la toma de decisión, a través de sus propias instituciones y que sean representativas, de buena fe y mediante procedimientos apropiados y en los que “[...] *la validez de los procesos de consulta previstos por el Convenio como mecanismo para prevenir y resolver conflictos depende de la construcción de mecanismos de diálogos*

⁹⁴⁷ Art 15 Ley de Transparencia.

*fecundos*⁹⁴⁸. No se trata entonces, de una mera formalidad, sino de una participación efectiva.

La Consulta que incorpora el Convenio, ampliaría la ya existente en la legislación indígena y estaría⁹⁴⁹ “[...] *implícitamente reconociendo la existencia de un interés legítimo por parte de los pueblos indígenas y tribales para instar por la protección de estos recursos*”. Esta interpretación, amplía el criterio expresado por el Tribunal Constitucional, en cuanto a tratarse de normas de carácter programático y respecto de externalidades o impactos directos o imprevistos. En relación al proceso de modificación del SEIA, se ha señalado en la prensa que no tendrá un carácter vinculante ni constituirá un derecho a veto de las comunidades⁹⁵⁰.

En cuanto a la compensación por los impactos negativos ambientales, la regulación chilena establece, hasta antes del cambio del SEIA, una compensación en dinero, sobre la base de una negociación con las mismas comunidades que padecen el impacto, lo que para Fernández y De la Piedra “[...] *tiene el riesgo de generar corrupción, ineficiencia en el uso de los recursos aportados, caudillismo y fragmentación social*”⁹⁵¹.

La Consulta, si seguimos parámetros internacionales de la CIDH, implica que las obligaciones del Estado serían⁹⁵²: “[...] *el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de*

⁹⁴⁸ MEREMISNKAYA, Elina. Op. cit. 677 pág. 241.

⁹⁴⁹ FERNÁNDEZ, Andrés Y DE LA PIEDRA, CHRISTIAN. Op. cit. 677. pág. 125.

⁹⁵⁰ El Diario Financiero 29 de mayo de 2012 y 13 de Junio de 2011.

⁹⁵¹ FERNÁNDEZ Y DE LA PIEDRA. Op. cit. 677 pág. 128.

⁹⁵² Sarayaku vs Ecuador CIDH para 177.

decisiones. El incumplimiento de esta obligación, o la realización de la consulta sin observar sus características esenciales, comprometen la responsabilidad internacional de los Estados”.

6.8 Implementación de la Consulta

Precisamente, debido a lo genérico de los términos del Convenio, es que a nivel de la doctrina, existen diferencias en cuanto a la interpretación respecto de cuál es el tipo de consulta que debe cumplir con los estándares de la obligación internacional.

Para Contesse, la consulta implica que la autoridad debe sopesar, atender las razones ponderarlas y si fuera necesario, cambiar de opinión⁹⁵³. No basta una actuación que sea meramente informativa, sino que debe existir una actitud de disposición a deliberar. Asimismo, debe realizarse a través de las instituciones representativas de las comunidades, y según el propio Contesse⁹⁵⁴, no le corresponde al Estado determinar quiénes son tales personas, ello debe ser mediante procedimientos propios e internos de toma de decisiones de los pueblos.

El objeto de la consulta, debe ser llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, para lo que deben sentarse las bases para una deliberación en un marco de confianza mutua⁹⁵⁵, por eso, habría que ver con desconfianza el establecimiento de plazos.

En cuanto a la representación para Núñez, “[...] *el Convenio no sugiere, sino que exige organización de las comunidades y lealtad a los procedimientos que cumplan con los principios de la buena fe*⁹⁵⁶”, para el propio Núñez, se trata de un concepto de representación, que tiene origen en la cultura occidental y que, no necesariamente, coinciden con los patrones culturales de los pueblos indígenas.

Para la CIDH⁹⁵⁷, la implementación “[...] *implica el deber [del Estado] de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos. Lo*

⁹⁵³ CONTESSE Jorge Ed. Op. cit. 688, pág. 196.

⁹⁵⁴ Citando Informe del Comité Técnico respecto de México GB.283/17/1, GB.289/17/3 (2001) pág. 197.

⁹⁵⁵ CONTESSE Jorge Ed. Op. cit. 688, pág. 200.

⁹⁵⁶ CONTESSE Jorge Ed. Op. cit. 688, pág. 238.

⁹⁵⁷ Sarayaku vs Ecuador CIDH para 166.

anterior conlleva la obligación de estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas”.

Las medidas adoptadas por el ejecutivo, para dar efectividad a las disposiciones del Convenio, fueron objeto de comentarios, mediante la Observación 2010/81 de la OIT planteadas por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT respecto a la Memoria y Addendum, presentados por el Gobierno de Chile, con fechas 1° de septiembre de 2010 y 10 de noviembre del mismo año, respecto de los artículos 6.º y 7.º de Consulta y Participación, existen las siguientes observaciones, en particular respecto del DS 124: *“1. Los artículos 16 y 21 del decreto parecen dejar la decisión a los órganos administrativos en cuanto a la pertinencia de iniciar el proceso de consulta o de participación”.*

No quedarían claro, por ello, cuáles son las circunstancias que implicarían el ejercicio de un derecho consagrado en el Convenio.

2. El artículo 7.º del decreto, parece limitar la consulta a aquellos casos que “[.] diga[n] relación exclusiva con las tierras indígenas o áreas de desarrollo indígena [.] o se refiera[n] a una mayoría significativa de comunidades, asociaciones y organizaciones indígenas determinadas o determinables”.

Lo anterior, restringiría el ámbito de aplicación del Convenio y de los ámbitos en los que se está garantizado, dejando fuera algunos aspectos.

3. El artículo 14, parece limitar la consulta a la concepción de las medidas administrativas o legislativas (ideas matrices).

4. El artículo 15 del decreto, parece adolecer de falta de claridad al establecer excepciones en cuanto a los casos de emergencia «o de las necesidades de buen funcionamiento del respectivo órgano».

Es necesario que una norma de implementación, como la que se comenta, de un Convenio, y que como hemos señalado, ya es bastante genérico, clarifique y facilite la aplicación y el uso de los derechos y obligaciones que están asumidos por el Estado.

En cuanto a la pertinencia de regular por la vía de un decreto, se la considera “[...] *problemática no solo por su contenido sustantivo, es decir, no solo porque se sitúa por debajo de los estándares impuestos por el Convenio, sino porque vulnera las reglas de dictación de normas jurídicas, dado que regula por decreto materias que son propias de ley*”⁹⁵⁸.

Hay varios autores que plantean que una regulación del derecho a consulta, por la vía de un decreto supremo, sería insuficiente Contesse, Núñez⁹⁵⁹, entre otros y compartimos esta apreciación.

En cuanto a la ejecutabilidad, Contesse⁹⁶⁰ plantea que, es cuestionable que la norma de la consulta pueda tener una especificidad que permita aplicarla sin más trámites, ello sin embargo, le privaría de una falta de validez en el ámbito interno, por el hecho de carecer de una especificidad que es esperable, y argumentar lo opuesto implicaría quitarles validez a las obligaciones que contiene el Convenio.

Creemos que, es claro que la falta de especificidad del Convenio, no le reduce ni suprime de obligatoriedad ni libera al Estado, esto es, no se trata de una condición de validez. Al menos, no está dentro de las disposiciones de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados para eximir del cumplimiento a los Estados, que delimita casos muy concretos, como grave violación del derecho interno o vicios del consentimiento muy determinantes.

A mayor abundamiento, el art.27 de la Convención establece que, no puede utilizarse como excusa de incumplimiento de una obligación internacional, un eventual conflicto normativo con una norma interna.

La interpretación del Convenio, debe sujetarse a las normas que entrega la Convención de Viena del Derecho de los Tratados y lo que ella defiende en todo momento es que no debe contrariarse el objeto y fin del tratado, es este elemento interpretativo fundamental el que nos debe guiar. Asimismo, el principio de la eficacia, es decir, que debe darse una interpretación que le dé, no solo sentido, sino utilidad concreta a las disposiciones de la Convención (principio de eficacia).

⁹⁵⁸ Informe de DDHH 2011, UDP, pág. 185.

⁹⁵⁹ CONTESSE Jorge Ed. Op. cit. 688, pág. 239.

⁹⁶⁰ CONTESSE Jorge Ed. Op. cit. 688, pág. 204 y 205.

Creemos, en todo caso, que no puede ignorarse el art 34 del Convenio, como un elemento a tener en cuenta sobre las particularidades de cada uno de los Estados firmantes, “[l]a naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio, deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”. Este texto, fue considerado por el Tribunal Constitucional como que “[e]l Convenio N.º 169 contempla una norma de clausura, ubicada en su parte novena, “Disposiciones Generales”, que recoge el principio de flexibilidad aplicable a todas sus cláusulas”⁹⁶¹.

6.9 Análisis de los cambios en la tendencia en la jurisprudencia nacional

a) Corte de Apelaciones de Temuco, 21 de enero de 2010, Rol 1705-2009.

Mariano Puelman Nanco y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de la Araucanía COREMA.

Respecto de la falta de consulta, por la autoridad y la arbitrariedad o ilegalidad que ello implicaría. Para la Corte “[...] existe un imperativo para los Gobiernos de consultar a los interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean – en este caso– medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente”⁹⁶². Que reconoce y reitera la autoejecutabilidad de algunas de las disposiciones del convenio siendo “imperativo para la autoridad y autoejecutable”⁹⁶³. De manera que la autoridad “[...] debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el Convenio y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio 169 vigente en nuestra legislación interna”⁹⁶⁴. En cuanto a la jerarquía, la Corte estima que “[a] partir del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, la palabra promover para los órganos del Estado debe significar siempre una actitud positiva de fomento, de impulso, de creación, de defensa inmediata, de florecimiento que siempre debe considerarse al momento de pensar y aplicar los temas y normas sobre derechos humanos”.

⁹⁶¹ Considerando 48.º, Tribunal Constitucional, Causa Rol 309-2000.

⁹⁶² Considerando sexto, Rol 1705-2009.

⁹⁶³ Considerando undécimo, Rol 1705-2009.

⁹⁶⁴ Considerando décimo, Rol 1705-2009.

b) Corte Apelaciones Puerto Montt Causa Rol 36-2010, 27 de Julio de 2010. Comunidad. Mapuche Huilliche PEPIUKELEN, de Pargua Recurso de protección en contra de Empresa Pesquera Los Fiordos Ltda.

El “[...] concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N.º 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.253, y comprende además, la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”⁹⁶⁵.

Asimismo, el “[...] derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N.º 1 y 2 del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable[.]”⁹⁶⁶.

En este sentido, concluye la Corte que la omisión de la Consulta “[...] se incurre en una discriminación positiva hacia los recurrentes y se vulnera en consecuencia el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N.º 2, al no haberse dado cumplimiento con tal discriminación positiva hacia los recurrentes, que invocan la igualdad ante las leyes y tratados vigentes que favorece a los miembros de los pueblos indígenas”⁹⁶⁷.

c) Rol 36-2010. Revocado por la Corte Suprema el 15 de septiembre de 2010.

La Corte estimó que debían eliminarse parte de las argumentaciones de la Corte de Apelaciones de Temuco, que se indican: “[...] ya sea una declaración o estudio de impacto ambiental, los pueblos indígenas involucrados deben ser consultados, puesto que el Convenio consagra el derecho a la participación. En efecto, una cuestión es el derecho a participación que consagra la Ley de Impacto Ambiental y una cuestión distinta es el derecho a participación que consagra el artículo 6 N.º 1.º y 2.º del Convenio 169, tal derecho, como lo reconoce el Tribunal Constitucional Chileno, es auto ejecutable, esto es, no requiere de otra ley para que pueda invocarse ante los Tribunales, y si bien el mismo Tribunal, le dio el carácter de no vinculante al resultado de la consulta, el hecho es que tal consulta no sólo debe hacerse, sino que además debe ser hecha en forma adecuada a las

⁹⁶⁵ Considerando décimo, Rol 36-2010.

⁹⁶⁶ Considerando noveno, Rol 36-2010.

⁹⁶⁷ Considerando décimo, Rol 36-2010.

*circunstancias, de buena fe y orientada a alcanzar el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas susceptibles de ser afectados por la medida propuesta*⁹⁶⁸.

Considera una interpretación ampliada de hábitat de las comunidades, ya que “[...] *el concepto de tierras indígenas es hoy, por aplicación del artículo 13 N° 2 del Convenio 169, más amplio que el establecido en los artículos 12 y 13 de la Ley 19.252, y comprende además la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera* [...]”⁹⁶⁹

d) Rol N° 4078-2010 Tercera Sala Corte Suprema 14 de octubre de 2010. (Apelación de Recurso, modificado); Recurso de Protección, en contra de la Resolución Exenta N° 0027/2010, de fecha 24 de febrero de 2010, de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Los Ríos, que calificó favorablemente el EIA del proyecto de Celulosa Arauco y Constitución S.A. “Sistema de Conducción y Descarga al Mar de los Efluentes Tratados de Planta Valdivia”.

En cuanto a la interpretación del Convenio y la flexibilidad en la incorporación al derecho interno del art 34., que “[...] *para el cumplimiento de sus normas cada Estado deberá tomar en consideración las condiciones de cada cual y sus propias regulaciones, tendiendo a la compatibilización de las normas internas con los principios que inspiran el Convenio a fin de lograr la adecuada materialización de éstos*”⁹⁷⁰.

Asimismo, considera que “[...] *forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N.º 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen*”⁹⁷¹.

Por otra parte, una integración armónica entre el convenio y las normas internas “[...] *ha sido claramente satisfecha por la autoridad recurrida al cumplir con las exigencias jurídicas aplicables conforme a la normativa sectorial que la rige, las cuales son enteramente conciliables con los estándares que orientan el Convenio*”⁹⁷².

El fallo fue aprobado con voto de minoría en contra de dicha argumentación,

⁹⁶⁸ Considerando noveno, Rol 36-2010.

⁹⁶⁹ Considerando noveno, Rol 36-2010.

⁹⁷⁰ Considerando sexto, Rol N° 4078-2010.

⁹⁷¹ Considerando undécimo, Rol N° 4078-2010.

⁹⁷² Considerando duodécimo, Rol N° 4078-2010.

cuyo Ministro Sr Brito estimó que el proceso “[...] *no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere*”. Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes [...]”⁹⁷³.

Respecto de la consulta, la Corte Suprema estima que “[...] jamás dicha forma de participación podría constituirse en una consulta popular vinculante ni afectar las atribuciones privativas de las autoridades que la Carta Fundamental determina. La soberanía, conforme lo dispuesto en el artículo 5º, reside esencialmente en la Nación y se ejerce a través del plebiscito y elecciones periódicas y por las autoridades que la propia Constitución establece, y "ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”⁹⁷⁴.

e) Fallo Tercera Sala Corte Suprema causa Rol 6062-10 del 4 de enero de 2011.

Respecto de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto “Estación de Transferencia de residuos sólidos Lanco-Panguipulli”.

La Corte de Apelaciones, estimó que la consulta era “[...] *necesaria cuando la administración del estado lleve a cabo nuevas políticas, nuevos planes y programas que vayan a afectar directamente a un determinado pueblo indígena, lo que no guarda relación con la resolución impugnada por los recurrentes, que en sí por su naturaleza constituye un acto administrativo y no una medida administrativa, toda vez que no se trata de una orientación o directriz en relación a una materia determinada en el cual se verá involucrado un pueblo indígena*”⁹⁷⁵.

La Corte Suprema, por su parte, acogió el recurso, eliminó varios de los considerandos y estimó que se incurrió en un error en la calificación de una Declaración de Impacto Ambiental y no en un Estudio de Impacto Ambiental y, por ello, estimó que “[...] *era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley 19.300 y el Convenio 169, incurrió en un actuación ilegal afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental*”⁹⁷⁶.

⁹⁷³ N.º 4 de voto de minoría, Rol N.º 4078-2010.

⁹⁷⁴ Considerando segundo, Rol N.º 4078-2010.

⁹⁷⁵ Voto de minoría del Ministro don Darío Ildemaro Carretta Navea numeral 5, Rol 6062-10

⁹⁷⁶ Considerando cuarto sentencia de reemplazo, Rol 6062-10.

f) Primera Sala Corte Suprema, Rol N° 1.903-09. 25 de enero de 2011. Se revocó sentencia apelada; recurso de casación en el fondo, respecto de un litigio por una compraventa que afecta tierras indígenas.

Se argumentó por una de las partes que, “[...] *las normas de orden público, de rango constitucional, aplicables por haber ratificado Chile el Convenio N° 169 de la OIT, por lo que éste debe primar a la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes y al Decreto Ley N° 2.568 del año 1979.*”⁹⁷⁷ Argumentación que fue desestimada por la Corte.

g) Caso Rol N° 9.889-2010 Tercera Sala Corte Suprema, 11 de abril de 2011. Proyecto “Mini-Central Hidroeléctrica de Cayucupil” de la Sociedad Hidroeléctrica Cayucupil Ltda., una Declaración de Impacto Ambiental, a la COREMA del Bío Bío.

El “[...] *deber de consulta a dichas comunidades, debe cumplirse en el evento que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”⁹⁷⁸. Y en el caso, “[...] *en el mismo sector de intervención directa no hay, en el plano de superficie, presencia de comunidades indígenas o material cultural*”⁹⁷⁹. Lo que además se acentúa, ya que “[...] *no se constata que se hubiere denunciado y afectado, en forma directa con el proyecto señalado, a las comunidades indígenas que se mencionan en el recurso, toda vez que no basta para ello las solas expresiones genéricas relativas a la protección de la biodiversidad y la integración e innovación del conocimiento del pueblo mapuche*”⁹⁸⁰.

h) Caso Comunidad Agrícola los Huasco altinos con Comisión de Evaluación III Región de Atacama Antofagasta, 17 de febrero 2012. Rol 618-2011. (Recurso de Protección respecto de Estudio de Impacto Ambiental). Fue acogido estimando que, “[...] *rige en Chile el Convenio 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, normativa vigente a la luz de lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política de la República y 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* [...]”⁹⁸¹, por lo que la normativa “[...] *exige a los gobiernos consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados e instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a estas personas*”.

⁹⁷⁷ Considerando segundo, Rol N° 1.903-09.

⁹⁷⁸ Considerando tercero sentencia de reemplazo, Rol N° 9.889-2010.

⁹⁷⁹ Considerando quinto sentencia de reemplazo, Rol N° 9.889-2010.

⁹⁸⁰ Considerando sexto sentencia de reemplazo, Rol N° 9.889-2010.

⁹⁸¹ Considerando décimo, Rol 618-2011

En cuanto a la representatividad, “[...] *la estructuración de la mesa técnica para asuntos medioambientales no es homologable ni debe ser subentendida como participación de la totalidad de la asamblea indígena*”⁹⁸².

La Corte de Apelaciones, por su parte, había señalado que “[...] *la aparición de un nuevo texto normativo no conlleva la primacía del mismo sobre el resto del ordenamiento jurídico, toda vez que habría que situarlo dentro del modelo sistémico que adopta nuestra organización jurídica. En la especie, de estimar que el Convenio 169 consigna un derecho de rango constitucional, ello no lo exime de someterse al método de resolución de colisión de los derechos que nuestro ordenamiento jurídico contempla*”⁹⁸³.

La Corte no acoge la postura de los recurrentes de considerar que el Convenio ha impuesto un nuevo requisito bajo la forma de un derecho fundamental⁹⁸⁴.

6.10 Aspectos generales que se observan en la tendencia de la jurisprudencia nacional

¿Qué podemos desprender de una jurisprudencia que, hasta la fecha, no ha sido muy abundante, aunque sí puede anticiparse que llevará a futuros debates jurídicos, respecto de la interpretación adecuada del Convenio y de los niveles adecuados de implementación del mismo:

- Se observa una reducida consideración y reflexión en los fallos consultados, respecto de la relevancia de la temática internacional en estos casos. Situación que pudiera sorprender, ya que precisamente el eje central de la discusión es la jerarquía, la manera como se incorpora en el orden interno y la manera adecuada de su implementación. Tampoco se observa un seguimiento o análisis profundo respecto de la jurisprudencia internacional de casos que, aunque no serían vinculantes, pudieran servir de ilustración a las Cortes.

- Se ha reiterado por la jurisprudencia que, la consulta no implica un derecho a veto, sino que una instancia de negociación. Por otro lado, tampoco se trata de una consulta popular y vinculante en los términos de un ejercicio de soberanía popular.

- La ratificación del Convenio por parte de Chile, implicó una actualización de las normas, algunas de ellas más amplias (concepto de tierras), que modifican normas

⁹⁸² Considerando cuarto, Rol 618-2011

⁹⁸³ Considerando 9 Sentencia del 1 de diciembre de 2010, Rol 618-2011

⁹⁸⁴ Considerando 8 Sentencia del 1 de diciembre de 2010, Rol 618-2011

posteriores (*lex specialis* y *lex posterioris*). La jerarquía que se le reconozca, será determinante en sus implicancias y la jurisprudencia no ha sido del todo clara si le reconoce el carácter de derechos esenciales.

- Se ha señalado en varios fallos, que la reglamentación existente, sí cumpliría con los estándares de la Convención en relación con la consulta, haciendo aplicables tanto la normativa indígena como las normas medioambientales.

- Varios fallos, tratan de conciliar la norma constitucional electoral y de participación ciudadana, interpretando que la consulta no se trata del ejercicio de un derecho en conflicto con normas las existentes, y que no podría afectar normas que son propias de la Carta Fundamental.

- No existe un consenso respecto de la primacía del Convenio sobre otras normas internas, ya que no se le reconoce como un nuevo requisito con formato de derecho fundamental, o el carácter de derecho esencial.

Se reconoce la calidad de autoejecutable de algunas obligaciones del Convenio, reiterando lo resuelto por el Tribunal Constitucional, pero no aclara cómo esto debe interpretarse al momento de ejercerse en un caso concreto.

- La transparencia no se ha considerado como un elemento central en el ejercicio de un derecho que requiere y exige la información que sea completa, oportuna y adecuada para el fin que se persigue en cuanto a la implementación de una consulta de buena fe.

Algunos fallos, han sido criticados por sectores conservadores, en especial, los casos Comunidad Aimara Chuzmiza y Uzmaga con Agua Mineral Chusmiza y Linconao con Agropecuaria Palermo: *“En los fallos comentados, se intenta interpretar la normativa legal e internacional de espaldas a la Carta Política. Si la sociedad ha tomado la decisión de amparar a ciertas etnias, los costos de dicha protección deben ser repartidos entre la sociedad en general y el Estado, de lo contrario, se estaría vulnerando la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas”*.

Se trataría de una vulneración de las garantías constitucionales, ya que al asignarse una carga a una persona determinada, ella debería ser compensada, de acuerdo a la propia constitución política, ya que *“nunca la aplicación de una ley o un tratado puede ser abiertamente opuesta al texto constitucional, tal como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional al conocer el Convenio 169. Por el contrario, el Estado de*

*Derecho y la Supremacía Constitucional, exigen que toda norma sea dictada e interpretada de manera conforme a la Carta Fundamental y a las normas principios y valores contenidos en ella*⁹⁸⁵.

Debe, en todo caso, en cuanto norma que ya se ha incorporado al orden jurídico nacional, aplicarse los principios de *lex specialis* (especialidad) y *lex posteriori derogat priori* (temporalidad) para efectos de una adecuada jerarquización.

6.11 El acceso a la información y lo internacional

Ha sido un argumento reiterado que dentro de los temas sensibles, y que exigen un mayor grado de reserva se encuentran, los asuntos internacionales. El Reglamento Europeo 1049/2001 consagra, dentro de las excepciones (a.4), que permiten denegar acceso de documentos que supongan un perjuicio a la protección de determinadas áreas sensibles, entre ellas están las relaciones internacionales, la seguridad, los temas de defensa, la política financiera, monetaria y económica.

Lo anterior, es que coincidente con la excepción que se consigna el art 21 n.º 4 de la ley de transparencia chilena⁹⁸⁶, si en especial, se afecta el interés nacional, ya se trate de las relaciones internacionales, los intereses económicos o los comerciales del país.

En Chile, se debatió algo muy interesante, en un caso de amparo, respecto de conocer los honorarios de los asesores del Estado, durante la tramitación de un litigio internacional ante la Corte Internacional de Justicia de la Haya, entonces, se encontraba aún pendiente de resolución.

Se aceptó en la instancia del Consejo⁹⁸⁷, la solicitud de acceso a los antecedentes, sin embargo, luego dicha resolución, fue revocada por la Corte Suprema, ya que se estimó, que la información requerida, “[...] *dicen relación directa con la preparación de informes, redacción de documentos, argumentaciones, en pleno desarrollo, en la etapa previa a los alegatos, de tal forma la naturaleza de los servicios requeridos-jurídicos y especializados- son de carácter confidencial*”.

⁹⁸⁵ Temas Públicos Libertad y Desarrollo N.º 947 del 11 de noviembre de 2009. pág. 4.

⁹⁸⁶ Ley 20.285

⁹⁸⁷ Amparo Rol C-1553-11.

Siendo prerrogativa de los Estados mantenerla en reserva. En definitiva, fue la Corte Suprema a través de un recurso de queja, la que confirmó que, sí correspondía la reserva “*ratifica[ndo] que corresponde a la autoridad política la calificación del interés nacional en materia de Relaciones Internacionales y, además, reiteró el carácter secreto de la relación entre el Estado de Chile y los abogados que lo representan, ratificando la primacía del secreto profesional, también contenido en tratados internacionales*”.

La Corte Suprema,⁹⁸⁸ estimó que tratándose de una facultad exclusiva del Presidente, la conducción de las relaciones internacionales y del interés nacional, sólo compete a aquél, la renuncia de esta reserva.

6.11.1 *Open Government Partnership*

Estamos ante una nueva etapa internacional que promueve el Gobierno Abierto⁹⁸⁹, la que debe incluir todos los procesos de decisión en la integración regional, tanto de las negociaciones, compromisos asumidos, implementación y la aplicación de estándares de reservas limitados.

6.11.2 La preocupación por transparentar las restricciones en el comercio, se encuentra presente en varias entidades

La OCDE, resalta la necesidad de transparentar las restricciones a las exportaciones, mediante un inventario de medidas de restricciones, lo que da una visión compresiva de impuestos, cuotas, prohibiciones y todo tipo de restricciones a las materias primas y *commodities* agrícolas, de acuerdo con Fliess B⁹⁹⁰. Transparentar las restricciones de importaciones, supone una comunicación pública efectiva, ofreciendo oportunidad de participación en el proceso de toma de decisiones a los grupos de interés y un trato justo en los procedimientos de la administración.

Hay compromisos en la APEC (Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico), en noviembre de 2010, la declaración de Estrategia de Crecimiento de los Líderes de

⁹⁸⁸ Causa Rol N.º 13.510-2013.

⁹⁸⁹ <http://www.opengovpartnership.org/> (acceso septiembre 2014).

⁹⁹⁰ FLIESS, B. (2014), “Transparency of Export Restrictions: A Checklist Promoting Good Practice”, OECD Trade Policy Papers, No. 164, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5jz417hqk38q-en>

APEC, para avanzar en la modernización de los mercados para la Reforma Estructural, a través de mercados más abiertos, transparentes y competitivos y una regulación más efectiva de los mercados y el desarrollo de las PYME.

La Ley 20.500, de asociaciones y de participación ciudadana, crea los Consejos de la Sociedad Civil, y una nueva institucionalidad, que promueve la participación de universidades, ONG y *think tanks*, en materias de interés ciudadano en las que se requiere conocer su opinión.

Estos consejos se reúnen, de acuerdo con su reglamento y se les reporta los avances de las negociaciones, y se les informa respecto de temáticas que son de interés de las entidades convocadas.

Direcon (Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales), realizó consultas relativas al avance de las negociaciones comerciales⁹⁹¹, las que implicaron un insumo que establece un canal de diálogo y responder a las inquietudes, así como aclarar dudas existentes.

En los EEUU, se han establecido recientemente (febrero de 2014), símiles de participación ciudadana en el *Public Interest Trade Advisory Committee* (PITAC⁹⁹²), que entregan asesoría al *U.S. Trade Representative* (USTR), incluyendo salud pública, desarrollo internacional y protección del consumidor, entre otras y apoyar al Presidente, el USTR y al Congreso con opiniones sobre los beneficios o desventajas para la promoción de los intereses de EEUU, mediante el *Federal Advisory Comittee Act* (FACA⁹⁹³), el que deberá ser integrado por la industria, la agricultura, servicios inversiones, defensa, así como de otros intereses.

6.12 Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales y la participación ciudadana

En una post modernidad con una sociedad líquida (Z. Bauman), se hace necesario reflexionar respecto de cuáles son los desafíos que implica, en políticas

⁹⁹¹ <http://www.direcon.gob.cl/2014/06/director-de-direcon-destaco-proceso-de-transparencia-institucional-en-reunion-del-consejo-de-la-sociedad-civil/> (acceso septiembre 2014)

⁹⁹² Section 135 of the Trade Act of 1974 (19 U.S.C. 2155(c)(1)) and the Federal Advisory Committee Act (5 U.S.C. App. 1)

⁹⁹³ <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title5/html/USCODE-2010-title5-app-federalad.htm> (acceso septiembre 2014).

públicas, como es la integración económica, en sus fases de negociación, aprobación e implementación y de qué manera se van a hacer partícipes a los ciudadanos.

DIRECON,⁹⁹⁴ a través de una política de mayor participación en la gestión pública, y de acercamiento a los gobiernos locales con el gobierno central, quiere ofrecer este acceso y participación, por medio de cuatro mecanismos:

- acceso a información relevante,
- consultas ciudadanas,
- cuentas públicas participativas, y
- consejo de la sociedad civil.

Este Consejo, supone un mecanismo de participación consultivo, que permite un diálogo y que convocó a las entidades no gubernamentales y académicas vinculadas con las temáticas y, desde el 20 de noviembre de 2012, reúne a 27 entidades de diversa índole, para el conocimiento, reporte y diálogo informativo de materias relativas a negociaciones comerciales, implementación de los tratados de libre comercio, servicios y programas para la promoción de exportaciones y participación de Chile en organismo económicos multilaterales y cuyo funcionamiento y composición regulado⁹⁹⁵.

En el artículo 12.º de su reglamento⁹⁹⁶, se indican los temas de interés ciudadano respecto de los cuales se debe someter a la consideración del Consejo: *“negociaciones comerciales; implementación de los tratados de libre comercio; servicios y programas de promoción de exportaciones y participación del país en Organismos Económicos Multilaterales”*.

Se trata entonces de “[p]ermitir a los ciudadanos entrar en esferas de la actividad política que siempre habían querido mantenerse ocultas (toma de decisiones, vacilaciones, intereses creados, etc.), les permite cuestionar la legitimidad y verosimilitud de los actos

⁹⁹⁴ <http://www.direcon.gob.cl/participacion-ciudadana/> (acceso septiembre 2014).

⁹⁹⁵ En las resoluciones exentas J 1062 de 2012, J 1318 de 2012 y J 0541 de 2013 http://www.direcon.gob.cl/transparencia/PDF_Transparencia/Resol-Ex-J-0541-2013-part-ciudadana.pdf (acceso septiembre 2014).

⁹⁹⁶ Resolución Exenta N.º J-0541/2013.

*oficiales, que desde ahora formarán parte del dominio del escrutinio público que funcionaría a la manera de un panóptico invertido*⁹⁹⁷”.

Es muy significativo apreciar, cómo han cambiado los parámetros que los propios ciudadanos utilizan para considerar qué hace ser, un buen ciudadano, cuando en el año 2005 un 66% consideraba que se trataba de “obedecer siempre las leyes” y ayudar a las personas que estén en peores condiciones, según la encuesta del centro de Estudios Públicos en 2014, la población chilena ha modificado su ponderación y consideraba, en cambio que se trataba de, “*observar que las autoridades públicas actúen correctamente*”, lo que solo una década antes ocupaba un lugar muy poco relevante.

Baste observar, la reacción de la ciudadanía y su comportamiento en las redes sociales entes los hechos de escándalos de corrupción. Se trata para Leonidas Montes de un “[...] *giro hacia la rendición de cuentas o el accountability es una revolución para el mundo del poder. Pero en algunos círculos pareciera no existir conciencia cabal de estos cambios*”⁹⁹⁸. Se trata, según afirma, de una sociedad más abierta, liberal y exigente, debemos entender que “[...] *lo público ha alcanzado una nueva dimensión republicana en términos del accountability*”.

6.12.1 Cuenta pública del año 2014 de DIRECON

En la rendición anual de la gestión realizada por la DIRECON, se pueden apreciar, además de la gestión propia de sus funciones, como son la negociación y profundización de los acuerdos bilaterales; la participación en Chile de foros multilaterales; la gestión realizada por Prochile; la ejecución presupuestaria y los lineamientos estratégicos, hay ahora un énfasis sino nuevo, al menos cuenta con una mayor visibilidad y con una importancia de la rendición en esta oportunidad. Se trata de las materias de transparencia y de mayor participación de la ciudadanía y de diferentes grupos, a los que se ha convocado para participar en las decisiones.

En esta oportunidad, el informe incluye un acápite con el título “gestión ciudadana”, en el que se valoran la realización de tres sesiones del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil, en cumplimiento con la reciente normativa, en ella según expresa

⁹⁹⁷ GÓMEZ, Oscar, ALBERGAMO María Ed. “El fenómeno Wikileaks y la Transparencia” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 122.

⁹⁹⁸ MONTES, Leonidas; “Cambia, todo cambia”; Diario la Tercera 1 de marzo de 2015.

el Informe “[...] se dio lugar a la discusión de materias de interés de las organizaciones con ámbito de competencia por parte de Direcon. También se generaron espacios para que la autoridad presentara su programa de trabajo y en este contexto, el Director General realizó una presentación de los lineamientos de la Direcon y los avances en las negociaciones del Acuerdo Transpacífico (TPP)”⁹⁹⁹, y se incluyeron presentaciones de distintos departamentos, tales como Prochile y se dio cuenta del avance de las negociaciones más relevantes en el proceso de integración, como el TPP y la Alianza del Pacífico, como también el acuerdo con la India.

En la misma cuenta, y también como una mejora de la información, se da cuenta de la implementación de una página web y la existencia de un formulario, cuyo objetivo es “[...] proporcionar mayor información al usuario respecto de los canales disponibles para efectuar consultas, seguimiento de los plazos y procedimientos asociados con la finalidad de que el usuario pueda ejercer sus derechos”. Se da cuenta, asimismo, de la recepción de 209 solicitudes de atención ciudadana, las que casi en su totalidad, fueron resueltas y se informa de 388 atenciones presenciales.

El servicio de comercio exterior, da cuenta en este informe del resultado de su labor, sobre la base del resultado que se obtiene en su vinculación en los temas de transparencia con el organismo encargado de la tutela (el Consejo para la Transparencia), en este sentido, el informe da cuenta que “[...] la Direcon alcanzó un 96,2% para solicitud web, un 86,7% para solicitud presencial y un 94,49% en Transparencia Activa”, índices muy buenos de gestión y cumplimiento, y los tiempos en que se presentó la información disponible en el sitio web Gobierno Transparente, que se trata de un sitio transversal de la administración, con plazos de 8 días, lo que supuso una mejora de los tiempos de demora previos.

En cuanto a las solicitudes de transparencia pasiva, se explica que se recibieron durante el año 2014, 138 solicitudes, las que fueron respondidas en un tiempo promedio de 10 días hábiles, en cumplimiento con los tiempos que exige la norma.

6.12.2 Procesos de consulta pública

⁹⁹⁹ Informe de cuenta pública anual de Direcon, <http://www.direcon.gob.cl/category/tpp/> (acceso 15 de julio de 2015).

Se han abierto sendos procesos de consulta para levantar información y comentarios de las entidades de la sociedad civil.

Consultas virtuales en 2015¹⁰⁰⁰, que servirán de insumos a las negociaciones que se están materializando para la reunión del Grupo de Alto Nivel (GAN) de la Alianza del Pacífico, grupo compuesto por los Viceministros de comercio de los países de la Alianza del Pacífico y para el Sub Grupo Obstáculos Técnicos al Comercio-Cooperación Regulatoria y que servirán de antecedentes a las mesas técnicas que se desarrollen en dichas reuniones.

Alianza del Pacífico y Cooperación Regulatoria¹⁰⁰¹: se refiere a cuatro materias Regulación; que permite identificar medias no arancelarias o restricciones; describir barreras u obstáculos que se están enfrentando y sus características; la autoridad responsable o agencia involucrada y plantear una propuesta o solución al problema descrito. La difusión se extiende por 8 días y el período de consultas dura 15 días y luego se darán a conocer las respuestas de la autoridad frente a las consultas, a través de la misma página web del servicio. Es interesante la propuesta de la autoridad, pero la difusión debería ser muy focalizada a las asociaciones de exportadores y comercio exterior, de otra forma la posibilidad de comentarios que realmente aporten se diluye en una mera convocatoria sin utilidad práctica.

La transparencia y la rendición de cuentas como herramientas potentes que deben ampliarse los espacios públicos y democráticos de participación ciudadana, inclusivos e informados, pero con la prudencia de la protección de la mirada de largo plazo en las políticas públicas, y coincidentemente con Emmerich “[...] *lo que se plantea en toda la corriente contemporánea en pro de la transparencia es que los ciudadanos tomen parte más activa, directa y efectiva en la vigilancia y la conducción de los asuntos públicos*”¹⁰⁰². Pero cuanta participación es adecuada y conveniente, y cuál es el propósito de dicha participación, si se trata de un control y vigilancia o bien se pretende un proceso de toma de decisiones inclusivo, participativo y que entregue una mayor legitimidad a la democracia, que muchas veces puede ser la apariencia de una participación o puede desencadenar, cuando no se identifique a los grupos de intereses

¹⁰⁰⁰ <http://www.direcon.gob.cl/ventanilla-virtual-de-opinion/> (acceso 8 de enero 2015).

¹⁰⁰¹ <http://formularios.direcon.gob.cl/formulario/ConsultaPublica-Enero2015> (acceso 8 de enero 2015).

¹⁰⁰² EMMERICH, Gustavo Ernesto, “Transparencia y rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”, en Sosa José, Op. cit.216, pág. 129.

y que estos tengan la información y el conocimiento adecuado cuando se trate de decisiones técnicas.

En el informe anual de gestión de Direcon 2014, se fija como objetivo efectuar en el año 2015 una “consulta ciudadana en materia relacionada con la Alianza del Pacífico, específicamente a la Cooperación Regulatoria y también consultas vinculadas con otros temas técnicos del quehacer del Servicio” y también “implementar los mecanismos de participación ciudadana “Audencia Pública” a solicitud del Consejo de la Sociedad Civil y “Plataformas Digitales Participativas”. Se observa como algo relevante que la Direcon ha fijado entre sus objetivos mejorar sus estándares de información, pero también los de participación en consonancia con la tendencia que hemos descrito, de una transparencia participativa.

6.12.3 Negociaciones del Acuerdo de *Transpacific Partnership*

Las nuevas etapas que vive la sociedad, hicieron necesario mejorar los niveles de información mediante la transparencia activa, a través de páginas web de las entidades que tienen la responsabilidad de las negociaciones, seguimiento y monitoreo (DIRECON¹⁰⁰³), hoy en día, en las últimas negociaciones del *Transpacific Partnership* (TPP) el que convoca a 12 países, se creó un sitio web específico para la información del avance de las negociaciones¹⁰⁰⁴.

Desde distintos países, se reclama que las negociaciones comerciales entre bloques se trataría de un “libre comercio a hurtadillas¹⁰⁰⁵”, se afirma que incluso la Comisión Europea en la negociación del TTIP “[...] *requiere de más transparencia que nunca, grupos de consumidores y activistas denuncian un sistema opaco y sesgado a favor de los grandes intereses industriales*”. La desconfianza de estos procesos de negociación, sin duda que resta legitimidad y aleja a los ciudadanos de los procesos de integración, algunos gremios han reclamado por la falta de transparencia en el proceso¹⁰⁰⁶ y se

¹⁰⁰³ www.direcon.cl (acceso septiembre 2014).

¹⁰⁰⁴ <http://www.direcon.gob.cl/tpp/> (acceso septiembre 2014).

¹⁰⁰⁵

http://internacional.elpais.com/internacional/2014/04/21/actualidad/1398100048_802222.html (acceso septiembre 2014).

¹⁰⁰⁶

<http://www.elmostradormercados.cl/destacados/opinion-la-poca-transparencia-de-las-negociaciones-del-tpp/> (acceso septiembre 2014).

sienten “a ciegas” y las ONG que se oponen¹⁰⁰⁷, exigiendo un “TPP transparente y justo”.

Para eliminar esta percepción, se organizaron reuniones para transparentar con el “Cuarto Adjunto Amplio¹⁰⁰⁸”, recientemente lanzada con el objetivo de “*propiciar la activa participación de gremios y entidades de la sociedad civil de forma permanente*”, para entregar la información requerida para preparar estas reuniones y definir las posiciones del país, expresando su interés para participar¹⁰⁰⁹.

Se ha criticado incluso por parlamentarios la inconveniencia de una cuerdo que se está negociando sin una información transparente, el diputado Tarud criticó que “[l]a *Comisión de Relaciones Exteriores no tiene conocimiento de qué es lo que se está negociando, es absolutamente inusual, porque en toda negociación, siempre ha habido lo que se llama 'un cuarto de al lado', en donde los gremios, los productores, los exportadores han sido siempre considerados*”¹⁰¹⁰.

La prensa incluso ha señalado que las características de esta negociación son de una opacidad “*El TPP se ha negociado con confidencialidad, al punto de que apenas hay dos copias del borrador en el Congreso norteamericano para que los legisladores puedan leerlas, pero no tomar apuntes. Este secretismo ha sido criticado, porque si bien es razonable negociar con discreción, no es aceptable que los afectados por un acuerdo de esta naturaleza no estén al tanto de los detalles ni puedan intervenir en el debate sino solo por trascendidos*”¹⁰¹¹.

Las opiniones disidentes estiman que hay intensiones claras de esconder bajo este oscurantismo, otras intenciones que irían más allá de las de mejorar el comercio, para

¹⁰⁰⁷ <http://tppabierto.net/> (acceso septiembre 2014).

¹⁰⁰⁸ <http://www.direcon.gob.cl/2014/04/cerca-de-30-organizaciones-y-gremios-son-convocados-por-la-direcon-para-lanzar-proceso-de-transparencia-del-tpp/> (acceso septiembre 2014).

¹⁰⁰⁹ <http://www.direcon.gob.cl/tpp/cuarto-adjunto/> (acceso septiembre 2014).

¹⁰¹⁰ <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/11/03/627850/jorge-tarud-expresa-preocupacion-por-negociacion-secreta-del-acuerdo-trans-pacific-partnership.html> (acceso 13 de julio de 2015).

¹⁰¹¹ Diario El Mercurio 16 de junio de 2015 <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/06/16/32696/Vicisitudes-del-TPP.aspx> (acceso 14 de julio de 2015).

Carlos Parker “[l]as negociaciones del TPP vienen transcurriendo de modo sistemático, desde hace tiempo y en secreto¹⁰¹²”.

Del mismo modo, en EEUU se reconoce que, se trata de un debate que “[d]espués de años de conversaciones secretas entre la mayoría de los Estados Unidos y otras naciones, que el acuerdo desentrañar si Estados Unidos los legisladores tenían el derecho de modificarlo¹⁰¹³” incluso existen pocas copias del texto que se discute en el Congreso norteamericano y no se pueden tomar copias del mismo, existe solo una sala de lectura en la que los parlamentarios ni siquiera pueden tomar notas¹⁰¹⁴.

Se entiende que la diplomacia exige cierto nivel de reserva, pero si se trata de una larga negociación que afectará los intereses de muchos sectores, algunos de ellos saldrán beneficiados y otros, perjudicados, parece recomendable que se pueda conocer de mejor manera el contexto, los propósitos y los avances. Es posible que el denominado Cuarto Adjunto constituya uno de los casos que hemos denominado como “transparencia putativa o aparente”, en la que en efecto se entrega información, pero ello no es suficiente o no tiene relevancia para que los que la reciben puedan reaccionar.

Según Andrés Rebolledo, “[e]l cuarto adjunto le ha dado transparencia al proceso y hoy día durante este último año y medio, se han realizado diversas reuniones con la sociedad civil y sus representantes a través de los gremios, asociaciones y ONG principalmente”.

El director de la DIRECON, considera que se trata de un ejercicio de transparencia que es de toda lógica, en cuanto a que se está negociando algo que tendrá impacto en la gente y es razonable que la información fluya. Y agrega que “[...] que tiene por interés transparencia, conocimiento, pero finalmente a decisión la toma el gobierno [...]”¹⁰¹⁵, entonces, aunque no incorpora en el proceso de decisión, se lo

¹⁰¹² PARKER, Carlos Diario El Mostrador <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/07/16/tpp-no-gracias/> (acceso 14 de julio de 2015).

¹⁰¹³ traducción propia New York Times http://www.nytimes.com/2015/06/17/us/questions-and-answers-about-the-trans-pacific-partnership.html?_r=0 (acceso 14 de julio de 2015).

¹⁰¹⁴ New York Times <http://www.nytimes.com/2015/06/13/us/politics/obamas-trade-bills-face-rough-battle-against-house-democrats.html> (acceso 14 de julio de 2015).

¹⁰¹⁵ Acta de sesión ordinaria N.º 9 del Consejo de la Sociedad Civil de la DIRECON, miércoles 3 de junio de 2015.

considera que el involucramiento directo de los ciudadanos, incluso en los detalles de lo que está pasando, es un activo.

De lo expuesto por el director general de Direcon, se puede apreciar que no es compartida la visión de un proceso de participación en las decisiones, sino en la información que se entrega y en que se trata de buscar mayor comprensión de un proceso y una mayor legitimidad, pero no a participación en el sentido que hemos expuesto.

6.12.4 Análisis de los recursos ante Consejo para la Transparencia por el Acuerdo *Transpacific* y otras negociaciones

a) Daniel Álvarez Valenzuela con DIRECON, Rol: C1534-12, 25/01/2013. Se requirió el acceso a los documentos elaborados por un consultor en la etapa de negociación del TPP. Sin embargo, y por tratarse de un “[...] *proceso deliberativo en curso, en el marco de las negociaciones internacionales del país, otorgándose garantía de confidencialidad a las contrapartes respecto a que la información proporcionada no será divulgada a terceros, sean éstos otros Estados o la sociedad civil. En particular, en el marco del TPP existe un compromiso expreso en materia de confidencialidad definido con anterioridad al inicio de las negociaciones. Infringir dicha garantía y compromiso de confidencialidad constituiría un comportamiento de mala fe que afectaría al Estado de Chile individualmente, así como a otros países, alterándose la confianza puesta en el Estado chileno y su consecuente capacidad negociadora, produciendo con ello un detrimento en sus relaciones exteriores*”.

La distinción entre información que debe ser protegida por su etapa o por la condición que tiene al haberse asumido un compromiso con las contrapartes negociadoras podría bien, no estar sustentada en una justificación que valide la reserva de la información. El compromiso, no es la justificación suficiente de la reserva, sino mas bien, un contexto de hecho en el cual los negociadores de los estados partes en este acuerdo han asumido una obligación recíproca de reserva, presumiblemente para proteger los avances de las críticas y de los grupos de oposición que podría enfrentar.

De esta manera, el incumplimiento del compromiso mediante la transparencia de información que siendo relevante, pero no afecte aspectos directamente considerados como secretos, por su contenido y no por el compromiso, podrían

implicar una responsabilidad hacia las contrapartes negociadoras, pero no por ello, mantener un secreto respecto de los avances de una negociación, que de suyo debe ser conocida por la ciudadanía y quedar expuesta a su escrutinio y evaluación.

b) Oscar Corvalán Aracena con DIRECON, Rol: C738-12, 05/09/2012. Se requirieron copias de antecedentes, tales como borradores del Tratado Trans-Pacific Partnership, estudios técnicos y económicos relativos a la suscripción del acuerdo y copias de todo documento en poder del Ministerio de Relaciones Exteriores, relacionado.

La denegación del acceso, se basó en que implicaría dar acceso a los textos presentados por los gobiernos de la negociación y podría afectar las funciones del servicio y el interés nacional, en el proceso de elaboración de los tratados, se exige confidencialidad y se garantiza las partes ese tratamiento, lo que es básico para las confianzas de todos.

Si se entregara la información, ello “*importaría una conducta de mala fe¹⁰¹⁶ y afectaría el objetivo de la negociación*”.

La confidencialidad fue requerida por Nueva Zelandia y aceptada formalmente por Chile, lo que fue debidamente acreditado en el proceso y, que además, se trata de un proceso inconcluso de negociación y por ello cae en las causales establecidas en el artículo 21 N.º 1 letra b) de la Ley de Transparencia, cuyos requisitos copulativos establecidos por la jurisprudencia:

a) antecedente o deliberación previa a la adopción de una resolución, medida o política, y

¹⁰¹⁶ Ello, además “ha sido recogido por la Doctrina, en base a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en particular en la sentencia sobre los casos de la Plataforma continental del Mar del Norte, en cuanto a que el proceso de celebración de los tratados se rige por el principio de la buena fe y genera obligaciones de comportamiento de los Estados incluso durante las negociaciones”.

b) la publicidad, conocimiento o divulgación de dicha información afecte¹⁰¹⁷ el debido cumplimiento de las funciones del órgano. El daño debe ser acreditado por el propio órgano que lo invoca¹⁰¹⁸.

Direcon, por su parte ha planteado que la “[...] *confidencialidad acordada respecto de las propuestas de texto de los países participantes en el TPP se apliquen incluso a las propias propuestas de Chile, que recogen en parte o se emiten en respuesta de las otras propuestas presentadas en la negociación. Así, al hacer pública su propuesta, estaría dejando entrever la posición de los otros. Sobre este punto señala que, según el requirente, se trataría de información que el Estado de Chile hace conocida a los demás países negociadores y que por lo tanto sería de amplio conocimiento. Tal aseveración es infundada. Chile entrega sus propuestas en el marco del TPP con la seguridad de que éstas no serán divulgadas por los otros países, y que ante una solicitud de acceso en sus respectivos países procederán a denegar la entrega de copias de las mismas. La confidencialidad en el manejo de la información que deben hacer los otros países es la contrapartida del compromiso asumido por Chile en esta materia*”.

No respetarlo para el Consejo: podría generar un daño específico en nuestras relaciones bilaterales, por cuanto, no respetar dicho compromiso de reserva, dañaría la confianza puesta en el gobierno chileno, perjudicando la capacidad negociadora de nuestro país.

Del mismo modo, al encontrarse en un trámite pendiente de deliberación “[...] *es indudable que los borradores o propuestas de texto de negociación, tanto de Chile como de los otros países participantes en la negociación del TPP, detentan el carácter de antecedente o deliberación previa de los capítulos que definitivamente formarían parte del tratado internacional que los países participantes suscribirían y que sería adoptado mediante el correspondiente decreto promulgatorio*”.

Y que, el beneficio público de conocer las propuestas de texto de negociación presentadas por Chile y los demás países participantes, es menor que el daño que inevitablemente produciría su divulgación.

¹⁰¹⁷ Según lo establecido en las decisiones recaídas en los amparos Roles A96-09, A165-09, C193-09, C840-10, C850-10, C492-11 y C929-11.

¹⁰¹⁸ Según lo establecido en las decisiones recaídas en los amparos Roles A1-09, A39-09, A45-09, C1233-11 y C1234-11.

La resolución del amparo, acogió parcialmente la petición y dispuso la entrega de información pertinente y “[...] *que no afecten los bienes jurídicos amparados por las causales de secreto o reserva invocadas por la DIRECON*”. Nos parece correcta la distinción que realiza el Consejo, al hacer una separación en cuanto al contenido de la información que estaría sujeta por una causal especial de protección y, no por el contrario, que la protección la tuvieran los negociadores o acuerdos que podrían por simple voluntad de las partes otorgarle un carácter de opacidad, impidiendo que los interesados puedan opinar o cuestionar cualquier aspecto del avance de las negociaciones.

c) Daniel Álvarez Valenzuela con Ministerio de relaciones exteriores, Rol: C666-12, 29/08/2012. Se solicitaron copias y antecedentes de las negociaciones del TPP, con similares argumentos del amparo C738-12, que ya fue comentado, y con la fundamentación de una filtración en el diario New York Times, lo que fue acogido parcialmente, basado en los criterios anteriores¹⁰¹⁹ y ordenó la entrega a los reclamantes del “[...] *estudio realizado por las economías APEC, sobre el impacto que tendría un TLC entre los países miembros de APEC* (*“Further Analytical Study in the Likely Economic Impact of an FTAAP — Paper*”, de 8 de Noviembre de 2009) y las recomendaciones realizadas por el Consejo Empresarial de APEC - ABAC (*“Building Towards the Bogor Goals with One Community - Report to APEC Economic Leaders*”, Singapur 2009)”. “*Las causales de reserva del art 21 ley de transparencia, es un “concepto jurídico indeterminado”, lo que significa, entre otras cosas, [la obligación de] realizar un estudio “caso a caso” (Fernández Vivanco) o cuyo contenido y extensión requiere ser delimitado para su aplicación al caso en concreto. Lamentablemente, nuestra Ley de Transparencia, no cuenta con el grado de especificidad que hubiera sido preciso ni tampoco estuvo la idea dentro del debate parlamentario respecto la discusión de la llamada Ley de Probidad (Ley N.º 19.653)*”.

No basta su mera invocación como causal, sino que debe demostrarse que existe un posible daño, aplicando un test de proporcionalidad.

Respecto de los antecedentes de la negociación en temas de propiedad intelectual y el comercio electrónico, se trata de propuestas de estas materias, y cualquier partícipe

¹⁰¹⁹ Amparos Roles A310-09, A337-09, C382-09 y C294-11

en la negociación del TPP, podría considerarlo como antecedente o deliberación previa de los capítulos definitivos del tratado.

d) Paulo Montt Rettig y Luis Cordero Vega con subsecretaría de relaciones exteriores, DIRECON, Rol: C1233-11, 07/03/2012. Por tratarse de una causa pendiente en el extranjero, debe distinguirse, según señala el Consejo, en la fundamentación del rechazo de la causal de reserva, “[...] *de documentos que dan cuenta de la estrategia jurídica, como minutas internas, informes técnicos, el expediente interno del litigio, de otros que servirán como medios de prueba, los primeros sí son reservados, mientras que los segundos, lo serían sólo mientras dure la etapa probatoria. Una vez que no cumplan un rol en la defensa judicial del organismo, en el caso en comento el Ministerio de RREE, se trata de una materia que concierne a la relación internacional del Estado y de la defensa internacional de los intereses del país (dentro de la competencia de este Ministerio) y en un litigio que se sustancia en una jurisdicción extranjera, aun no concluido.*

Entonces, la interpretación quiere hacer énfasis que no es el continente sino el contenido y el cumplimiento de las causales legales, la que permite denegar la información y no el hecho que esta información se encuentre en poder del Ministerio de RREE, en el caso de encontrarse en curso de una negociación y la reserva de la información tenga como causalidad proteger una particular necesidad de esa circunstancia, es lo que permitiría no divulgarlo, pero no se trata de algo garantizado para una actividad o un servicio en particular.

e) Marco Correa Pérez con servicio nacional de aduanas, Rol: C1200-12, 07/12/2012. Se resolvió la solicitud de información aduanera singularizada de un ciudadano, y se mantuvo el criterio de distinguir si se trata de “naturaleza reservada” y la “expectativa de confidencialidad”¹⁰²⁰, para lo cual se siguió el precedente de los amparos A37-09 y C868-12. No basta la sola naturaleza reservada¹⁰²¹ y que posea un valor comercial y no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible, sino que

¹⁰²⁰ De conformidad al artículo 10 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT, de 1947) –o Acuerdo de Valoración Aduanera o de Valor de la OMC.

¹⁰²¹ Alberto Rodríguez Bosshard con SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS, Rol: C781-11, 28/10/2011.

además “*el titular de la misma adopte todas las medidas, necesarias y eficaces, para mantener en secreto o reserva dicha información*”¹⁰²².

6.12.5 Negociaciones de la Alianza del Pacífico¹⁰²³

De especial interés, han resultado los avances de la Alianza, que reúne a Chile, Colombia, Perú y México, que cuenta con un importante número de 42 países observadores.

En el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco Alianza del Pacífico¹⁰²⁴, se indican sus ventajas desde la transparencia:

- Contratación pública, que mejora los estándares para todos los miembros, en trato nacional, no discriminación y transparencia en ámbitos que no todos tenían.
- Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT): establece mejores disciplinas de transparencia y procedimientos de conformidad y cooperación regulatoria, creando un comité de monitoreo e implementación.
- Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (SPS): permite mejorar los actuales canales de información y bases científicas y con una mejora cooperación entre agencias estatales y con un comité técnico para el seguimiento e implementación.

Aunque parece ser uno de los pilares del acuerdo el promover buenas prácticas de transparencia, como es la propuesta de impulsar un régimen de transparencia fiscal internacional y de realizar un lucha decidida contra la evasión tributaria en la región¹⁰²⁵.

Sin embargo, los objetivos de mayor transparencia en las políticas, existen algunas organizaciones sindicales como la CGTP, que están haciendo exigencias de mayor transparencia de las negociaciones de la alianza y una firme lucha contra la corrupción y la impunidad¹⁰²⁶.

¹⁰²² Alberto Rodríguez Bosshard con SERVICIO NACIONAL DE ADUANAS , Rol : C781-11, 28/10/2011.

¹⁰²³ <http://www.direcon.gob.cl/tpp/> (acceso septiembre 2014).

¹⁰²⁴ <http://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2014/02/Protocolo-de-la-Alianza-del-Pac%C3%ADfico.pdf> (acceso septiembre 2014).

¹⁰²⁵ <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/925068.html> (acceso 14 de julio de 2015).

¹⁰²⁶ http://www.cgtp.org.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=874:cgtp-exige-a-la-alianza-del-pacifico-transparencia-y-una-firme-lucha-contr-la-corrupcion-y-la-impunidad-&catid=32:nacionales (acceso 14 de julio de 2015).

Andrés Rebolledo ha destacado la implementación del Cuarto Adjunto en las negociaciones y lo ha calificado como que “[...] *no es solo por la transparencia en sí misma, que tiene un valor importante, sino que además lo necesitamos. Es la manera de ir conformando la posición de país*”¹⁰²⁷.

6.12.6 Comisión Nacional de Distorsiones de Precios

Se trata de la entidad nacional que resuelve en un cuasi juicio de carácter administrativo la recomendación de aplicación de medidas tales como derechos compensatorios o antidumping o salvaguardias. Para las dos primeras existen maneras mas o menos objetivas para la determinación de la práctica desleal y en la que debe probarse el daño; para la tercera de éstas, las salvaguardias, se trata de una cláusula de escape, cuando existe una situación abrupta e inesperada de un aumento de las importaciones en una proporción que puede producir un daño irreparable.

La autoridad investigadora competente chilena Comisión Nacional de Distorsiones de Precios (CNDP), está facultada por la ley 18.525 para investigar la existencia de una distorsión de precios en las mercancías importadas y el modo en que esas pueden producir distorsiones importantes o daños, actuales o potenciales, a la industria nacional.

Entre sus facultades, están el recibir denuncias relacionadas con las distorsiones de los precios de las mercancías importadas de los mercados internacionales y, a continuación, después de realizar la investigación, podrá recomendar al Presidente de la República, la adopción de medidas sólo si, con arreglo a los orígenes obtenidos durante la investigación, se ha demostrado adecuadamente, la concurrencia de tres condiciones fundamentales, de conformidad con los compromisos contraídos en virtud de la OMC y que son requeridos por la legislación chilena:

- la existencia de una distorsión que afecta el precio de las mercancías importadas;
- lesiones graves, ya sea actual o inminente a la industria nacional; y
- la relación causal entre la distorsión de precios y el daño.

La Comisión, a su vez, sugiere al Presidente, a través del Ministerio de Hacienda, cuando sea apropiado, la solicitud de aranceles de valores mínimos, sobretasas

¹⁰²⁷ <http://www.direcon.gob.cl/tpp/> (acceso 14 de julio de 2015).

arancelarias, derechos de antidumping o derechos compensatorios.

Luego de la creación de la autoridad competente en Chile en el año 1981, han existido varias modificaciones, tanto en su estructura, competencia, y sus normas y procedimientos.

En el año 1981, Chile ratificó el Acuerdo de Entendimiento y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT, para ello, una Comisión de Subvenciones fue creada, de conformidad con la adhesión de Chile al “Acuerdo de Subsidios del GATT”. Por el Reglamento del Banco Central de Chile, fue designado como la autoridad competente para iniciar y llevar a cabo las investigaciones establecidas por el GATT y de esta manera, decidir si procede o no, aplicar los derechos compensatorios.

Por otra parte, el Banco Central, tenía la facultad de establecer normas para el procedimiento de cualquier otra investigación de distorsiones.

Inicialmente, la Comisión fue exclusivamente integrada por empleados del Banco Central. Sin embargo, en 1985 ingresaron representantes del Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Economía, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Oficina de Aduanas y el Fiscal Nacional Económico.

La Comisión de Subvenciones, realiza sus funciones entre el año 1981 y septiembre de 1986. En ese momento, varias modificaciones fueron añadidos y una comisión encargada de investigar la existencia de distorsiones de precios en las mercancías importadas. Esta Comisión mantuvo la misma estructura, y se llevan a cabo sus funciones hasta 1989. Durante este período, ambas instituciones desarrollaron su labor en paralelo: por una parte, la Comisión estuvo encargada de investigar la existencia de distorsiones de precios en los bienes importados y, por otro lado, la Comisión de Subvenciones, a cargo de las investigaciones de subvenciones a la exportación.

En enero de 1990, se han añadieron nuevas modificaciones legales, la Comisión de Subsidios fue retirada y sus tareas fueron transferidas a la Comisión Nacional, encargada de investigar la existencia de distorsiones de precios en las mercancías importadas. Además, se nombró al Fiscal Nacional Económico como presidente y su reglamento fue modificado. La Comisión sigue funcionando hasta el día de hoy, sin mayores modificaciones y su uso es relativamente restringido a pocas áreas

(agricultura, lácteos, harinas y pocas cosas más).

La Comisión Nacional es la encargada de Investigar la existencia de distorsiones de precios, en lo sucesivo la "Comisión Nacional", fue modificada de acuerdo con las obligaciones OMC asumidas por Chile. En 1992, la Comisión Nacional quedó facultada para recomendar derechos de antidumping, y en 1999, con el acuerdo de salvaguardias, en consecuencia, recibió el mandato de recomendar medidas de salvaguardia al Presidente de la República.

Varios órganos jurídicos establecen su reglamentación y los procedimientos para la investigación y la determinación de medidas, cuando existan causales:

- Decreto Supremo n.º 16, 5 de enero de 1995, Ministerio de Relaciones Exteriores.

- Ley 18.525, relacionada con la importación de bienes y enmiendas que figuran en las leyes 18.840, 18.908, 19.065 y 19.155.

- Decreto n.º 575 del Ministerio de Hacienda que aprobó el Reglamento para el artículo 11, ley 18.525.

- Artículo VI del GATT, validado por Decreto Supremo N.º 229, Ministerio de Relaciones Exteriores.

- Decreto Ley N.º 3567, 1980 del Ministerio de Relaciones Exteriores que aprobó el Acuerdo relacionadas con el interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT.

- Reglamento que han incluido en los acuerdos comerciales con Canadá, México, UE, EE.UU., Corea, China, la EFTA y Perú.

Como los paneles se “[...] *han pronunciado sobre la legitimidad de la las autoridades nacionales y determinaciones de las investigaciones, este órgano se requiere entonces para referirse a las conclusiones y dictámenes de los paneles y del Órgano de Apelación en cuestiones de la adecuación del razonamiento, así como en el alcance adecuado de los datos empleados. Las autoridades competentes deben examinar esas conclusiones y opiniones mediante una guía para sus investigaciones*”.

Debido al nivel de deferencia, concedida por la OMC, el derecho de las entidades nacionales para sus decisiones, la norma de examen o “*standard of review*”, desempeña un papel central en la definición de las competencias nacionales

autoridades en el ámbito del comercio, lo que aumenta la calidad y la legitimidad de la decisión del Gobierno – en el proceso de toma de decisiones en su conjunto.

En efecto, como el Órgano de Apelación ha confirmado, los grupos especiales deben “[h]acer una evaluación objetiva de los hechos del caso”. *“La posición del Grupo Especial no da total deferencia a las autoridades nacionales a sus decisiones, sin embargo, no niega su discrecionalidad para efectuar determinaciones o bien, siempre y cuando sean razonables las explicaciones dadas”*.

Una de las consideraciones que deben tomarse es el proceso mediante el cual, la medida fue adoptada a escala nacional. Por lo tanto, los “carteles deberán acordar un considerable grado de discrecionalidad a las autoridades nacionales en la determinación y evaluación de los hechos”, (y) “[...] *el respeto los parámetros de la autoridad nacional de la propia investigación*”.

En cuanto a los acuerdos de *antidumping*, “[...] *los grupos especiales deben examinar si la autoridad nacional llevado a cabo el evaluación de hechos de manera apropiada*”, (que) “[...] *fue equilibrada, imparcial y abierta en su evaluación de los hechos*”.

Por lo que respecta a la determinación hecha en el momento de la investigación de las salvaguardias, deben ofrecer los siguientes estándares:

- dar una explicación adecuada en relación con todas cuestiones de hecho y de derecho que en base a sus conclusiones, más las condiciones para la aplicación de medidas de salvaguardia, porque ese sería el punto a ser considerado en una eventual controversia; y
- publicar sus conclusiones de acuerdo con el artículo 3.1 Acuerdo de Salvaguardia.

Los integrantes de la comisión son casi todos designados por intermedio del poder ejecutivo y solo los dos integrantes que fueron designados por el ejecutivo (Ministerio de RREE, Hacienda, Agricultura, Aduanas, etc.), lo que puede hacer dudar de la imparcialidad con la que van a participar en el cumplimiento de un rol que exige distancia con los grupos de interés.

En todos los casos, la determinación se puede llevar ante una revisión externa judicial. Se trata de procedimientos que deben ventilar información relevante de las empresas como su estructura de costes para determinar el dumping, o la devolución

de valores que han sido rebajados de impuestos ilegítimamente. En cada caso, se debe evaluar la conveniencia de mantener la reserva de los análisis y de la información que pudiera perjudicar a la empresa o industria que se somete a la evaluación de la Comisión. Sin embargo, los niveles de transparencia de estos procesos que habitualmente no cuentan con representación legal, quedan muchas veces sometidas a decisiones que se ponderan la influencia y presión de las industrias que solicitan la protección y un sobreprecio que terminan gravando a los consumidores nacionales.

En los debates ante las entidades nacionales (*local authority* para la OMC) que determinan la aplicación de una medida denominada de *trade remedies*, como de salvaguardias, antidumping o derecho compensatorio, se realiza un análisis que comúnmente no permite conocer los elementos esenciales para una adecuada transparencia, el caso de la Comisión Nacional de Distorsiones de Chile¹⁰²⁸. Existe un proceso que no permite conocer buena parte de lo que fundamenta una medida que puede perjudicar a los consumidores, aunque los argumentos que se empleen, sea la protección de la industria nacional. Del mismo modo, los mecanismos de revisión ante una entidad judicial son absolutamente insuficientes e inadecuados para la naturaleza de la decisión que termina en una mera recomendación que impide que las Cortes puedan acoger un recurso que quiere evitar un daño que no es posible acreditar ante una recomendación.

La existencia de lobbies exige la mayor transparencia posible y que el procedimiento ante la CNDP, procure dar garantías de transparencia.

Cuando se realizan determinaciones de afección de alguna industria establece lo siguiente “[a] objeto de garantizar la máxima transparencia del proceso de una investigación, así como para facilitar la participación de todas las partes interesadas¹⁰²⁹, la CNDP da público conocimiento de todas las determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas y del término de una investigación a través de las publicaciones correspondientes en el Diario Oficial y de las actas de las sesiones de la Comisión que, una vez aprobadas, son públicas y que se mantienen para consulta en la Biblioteca del Banco Central. No obstante lo anterior, la Comisión mantiene en forma confidencial aquella información que haya sido considerada como tal en su momento”.

¹⁰²⁸ www.cndp.cl (acceso septiembre 2014).

¹⁰²⁹ http://www.cndp.cl/interior_procinvestigacion_avipubl.asp (acceso 14 de julio de 2015).

La reserva de los antecedentes presentados ante la CNDP requiere ser solicitado expresamente por la parte que los somete, y las causas justificadas que expliquen su reserva¹⁰³⁰, en caso contrario, debe acompañarse una versión pública.

Las actas de sus sesiones aunque se encuentran disponibles al público y, en aquellas en las que resuelven materias relevantes, se publican en el Diario Oficial, sin embargo, los fundamentos de las resoluciones no son extensivas y los antecedentes técnicos quedan, muchas veces, sin poder conocerse. El Grupo Especial, ya estimó en una resolución de un caso, que no bastaba “poner a disposición del público” y, que también, se publicarán las sesiones, aunque no se determinó su contenido¹⁰³¹.

La decisión de iniciar una investigación, se debe informar al Ministerio de Relaciones Exteriores para la notificación a los países potencialmente afectados. La apertura de una investigación, se publicará en el Diario Oficial, con la información pertinente especificada¹⁰³², asimismo, los integrantes del CNDP decidieron en marzo de 2004¹⁰³³ publicar en el sitio web institucional, las minutas relacionadas con las investigaciones.

6.12.7 Información confidencial y su tratamiento

Con respecto a la información confidencial, 30 días después de su publicación, los interesados facilitarán a la Secretaría Técnica, con toda la información pertinente, con la especificación de ser tratados de forma confidencial.

Dentro de los 90 días siguientes a la publicación, la CNDP debe resolver en todos los casos, debiendo realizar una publicación en el Diario Oficial, mediante una de las siguientes alternativas:

- Si se estableció una distorsión, entonces la CNDP recomendará del Presidente la aplicación de una medida y su proporción.

- Cuando la evidencia es considerada insuficiente para demostrar la existencia de las distorsiones de precios o el daño de la misma, por lo que deberá decidir y enviar una notificación a la otra parte.

¹⁰³⁰ http://www.cndp.cl/interior_denuncia.asp (acceso septiembre 2014).

¹⁰³¹ Panel Report on Chile - Price Band System, para. 7.128.

¹⁰³² Decreto 575, 1993 Ministerio de Hacienda art. 12

¹⁰³³ Sesión 265 CNDP

- La CNDP, en cualquier momento, antes de la determinación final podrá solicitar del Presidente de la aplicación de una medida provisional, dentro de los 60 días.

La divulgación de cierta información podría eventualmente beneficiar a los competidores o generar un daño significativo a las partes¹⁰³⁴, por lo tanto, la preocupación especial y adecuada protección de cierta información (que por su naturaleza se considere confidencial o que aporten las partes sobre una base confidencial) deben ser tratados adecuadamente. Dicha información, no puede ser divulgada, sin el consentimiento expreso de la parte que los presente¹⁰³⁵.

Toda esa información debe ir acompañada de un resumen o una justificación de la confidencialidad. Esto provoca un problema, ya que dicha información confidencial se hace imposible de revisar y no es por tanto verificable, y en cuanto a esto, el Grupo Especial consideró que “[...] *la disposición del artículo 3.2 del Acuerdo sobre Salvaguardias, faculta a las autoridades nacionales una amplia discreción en lo que respecta a la determinación de la divulgación de información que se considera confidencial* [...] [pero, la] *no divulgación de información crucial para la determinación del daño puede comprometer la transparencia de la investigación, provocando quejas y disputas*”¹⁰³⁶.

6.12.8 Audiencia pública

Los interesados deberán disponer de tiempo y oportunidad para la defensa y la réplica de los argumentos de interés adverso. Las autoridades, siempre que lo consideren práctico, proporcionarán la oportunidad de revisar toda la información pertinente que no sea confidencial¹⁰³⁷.

El Presidente de la CNDP determinará la duración, la estructura de la audiencia y el tiempo disponible para las partes. Esta información se facilitará con prontitud a todas las partes interesadas.

Antes de la aplicación de la medida definitiva (medida de salvaguardia,

¹⁰³⁴ Acuerdo Antidumping, Art. 6.5 y Acuerdo SCM, Art. 12.4

¹⁰³⁵ Decreto Supremo 16, Ministerio de RREE.

¹⁰³⁶ YONG-SHIK LEE, Safeguard Measures: Why are they not Applied Consistently with the Rules?, Journal of World Trade 36(4) 2002, p.659 (Wheat Gluten, WT/DS166/R para 8.11).

¹⁰³⁷ Acuerdo Antidumping, Art.6.2 y SCM Agreement, Art. 12.3.

antidumping o derechos compensatorio), la CNDP informará la fecha y lugar de la audiencia pública a todas las partes interesadas para presentar pruebas, expresar sus planteamientos y la respuesta, respecto a la información de las otras partes. Cada parte, deberá presentar por separado; para tal fin, se concedió a las partes el mismo tiempo de acuerdo con su posición a favor o en contra de la medida. El orden de aparición a seguir en la audiencia, será el mismo que el establecido en la minuta anterior.

En todo caso, las partes tendrán el derecho de réplica, con el único fin de aclarar las cuestiones relacionadas con la información y las pruebas presentadas por los participantes anteriores. Minutas proporcionan una información limitada, tales como, la lista de participantes y una breve presentación escrita¹⁰³⁸.

Los representantes de los gobiernos extranjeros, que deseen participar, deberán tener un tiempo similar para las partes involucradas, para que conste por cuenta de terceros, que no estuvieron presentes en la audiencia pública.

Las Partes pueden disponer, ya sea antes o el mismo día de la audiencia, de una presentación por escrito que contenga un resumen de la presentación que se habla en la audiencia. Las partes proporcionarán información sobre sus actividades profesionales, así como de su interés en el caso.

Cuando la CNDP da inicio a una investigación para la determinación de alguna práctica que pueda constituir una distorsión de las obligaciones nacionales, solicita el despacho de información pertinente a las partes, advirtiéndole que si se incluye en la información proporcionada, algún antecedente que sea confidencial, ello deberá justificarse con los motivos de la reserva, y acompañarse un resumen público, todo ello debidamente fundamentado para garantizar la transparencia¹⁰³⁹ y el debido acceso de todas las partes a la información relativa a esta investigación y, en el caso que no se provea adecuada justificación, será desechada la información que sea acompañada.

¹⁰³⁸ La estructura más común de las minutas es la siguiente: Antecedentes I. General; II. Análisis de las importaciones; III. Daño, y relación causal; incluyendo los precios internos, empleo, productividad, capacidad de producción máxima, ventas domésticas, producción total, consumo, supuesta participación de las importaciones "en el presunto consumo y los precios internacionales.

¹⁰³⁹ Sesión Comisión Nacional de Distorsiones de Precios N.º352, celebrada el 3 de abril de 2013.

6.13 Transparencia vs debida reserva: Fiscalía Nacional Económica¹⁰⁴⁰

El órgano que debe velar por las normas de competencia y evitar distorsiones de mercado es la Fiscalía Nacional Económica (FNE), la que debe desarrollar sendas investigaciones, recibir denuncias, solicitar estudios muy complejos, además de lidiar con información económica y comercial extremadamente sensible para las empresas, en el transcurso de sus investigaciones y durante el proceso de acusación, por ello se ha visto expuesta a una interesante cuestionamiento, respecto de la transparencia, que descansa en la garantía constitucional y en la normativa de la función pública. Pero, debe advertirse que al mismo tiempo, puede verse expuesto el propio desempeño de la institución, así como el éxito de su función y, peor aún, dañar al denunciante.

Respecto de la transparencia activa, esto es la información que se muestra en el portal web de la institución¹⁰⁴¹, se ha desarrollado una labor proactiva y que facilita el conocimiento del rol y la actividad que está desarrollando la FNE, así como de los informes y minutas que fundamentan la resolución de no continuar algún proceso.

Asimismo, se ha incluido información que sirve para ilustrar las pautas y criterios empleados por la Fiscalía, a través del “[i]nstructivo interno para el desarrollo de investigaciones de la FNE”¹⁰⁴². En cada caso, se ha velado por la protección de cualquier información que por su condición pudiere ser sensible o relevante para alguna industria, evitando causar un perjuicio, pero manteniendo una política acorde con un acceso abierto y ampliado de una temática que por su naturaleza despierta mucha desconfianzas y suspicacias.

La naturaleza de la información implica un especial cuidado y protección de reserva de las denuncias, antecedentes comerciales relevantes, ello en principio puede ser definido, por el propio Fiscal, y de oficio o a petición de un interesado, algunas partes del expediente de investigación mantengan confidencialidad. Es entendible que una prudente garantía de protección de la información protege y asegura al

¹⁰⁴⁰ IRARRÁZABAL, Felipe Y AVENDAÑO, Andrea; “La Mirada de la Fiscalía Nacional Económica sobre el Equilibrio entre la Transparencia de la Función Investigadora y Litigante de un Órgano Persecutor”.

¹⁰⁴¹ <http://www.fne.cl/> (acceso septiembre 2014)

¹⁰⁴² http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf (acceso 14 de julio de 2015)

denunciante sean empresas o personas naturales. Como ha sostenido el Consejo¹⁰⁴³, debilitaría su facultad fiscalizadora¹⁰⁴⁴.

El Tribunal de la Libre Competencia puede, al conocer los asuntos que se le sometan, decretar:

- La reserva de la información (Decreto Ley 211). Ante el requerimiento de información puede existir oposición de la parte. *“Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a quienes se les requieran antecedentes o informaciones, cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros, podrán solicitar al TDLC que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento de información, previo informe escrito o verbal de la FNE, mediante solicitud fundada presentada ante la Fiscalía de conformidad con el artículo 39 letra h) del DL 211”*¹⁰⁴⁵.

- También podrá mantener la reserva cuando se le presente en este carácter¹⁰⁴⁶, de acuerdo con el auto acordado del TDLC, sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos.

La dificultad, expresa Felipe Irrázabal, está primero en “[...] *conciliar adecuadamente el principio de publicidad de la información en poder de la FNE y el derecho de acceso, sin lesionar o menoscabar la propia labor investigativa*”. Evitando de esta manera, alertar a los investigados y, en definitiva, debilitar el caso, ya que existe una disparidad entre las partes, al ser la Fiscalía el ente investigador y persecutor, se encuentra expuesto a solicitudes de transparencia pasiva y ante lo que el Fiscal considera como una desventaja procesal de revelar a la contraparte aspectos críticos

¹⁰⁴³ C567-09, C518

¹⁰⁴⁴ “[...] la divulgación de la investigación sin que aún se haya adoptado decisión sobre el particular, produciría un perjuicio o afectación en el debido cumplimiento de las labores encomendadas a la FNE, toda vez que dejaría en evidencia las diligencias decretadas por ésta, lo que, a su vez, permitiría conocer su línea investigativa y sus eventuales objetivos y resultados, como también las consideraciones que ha tenido a la vista, pudiendo presumirse, así, la eventual medida a adoptar, lo que debilitaría manifiestamente su facultad fiscalizadora”. (C567-09; C518-09)

¹⁰⁴⁵ N.º 59 del Instructivo Interno para el desarrollo de investigaciones, de mayo de 2013 [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr. investigaciones_2013.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf) (acceso 14 de julio de 2015).

¹⁰⁴⁶ Auto Acordado N15/2012 del TDLC sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N.%2015.pdf> (acceso 14 de julio de 2015).

para el desenvolvimiento del caso, en una etapa que bien podría afectar el interés público, y que defiende la FNE.

Los casos en que se ha rechazado el acceso solicitado, se refieren a materias de diversa índole¹⁰⁴⁷: antecedente necesario para una defensa judicial; antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política; denuncias y su contenido o identidad del denunciante y la información entregada por empresas o particulares; protección de derechos de carácter comercial o económico.

Todas han sido, hasta la fecha, acogidas como causales justificadas de reservas por diversos recursos de amparos ante el Consejo para la Transparencia. Uno de los pocos casos hasta ahora rechazado, en que se ha invocado una causal de reserva, fue uno en que la FNE, encontrándose con diligencias judiciales pendientes, se excusó de exhibir informes en derecho encargados por la FNE¹⁰⁴⁸ y títulos o temas de informes en derecho encargados en un período de tiempo determinado. Para el Fiscal Nacional, ello constituía “una afrenta a su estrategia de defensa judicial” y que implica una “asimetría de las partes”, ya que una de ellas, podría acceder, aun de modo genérico, a antecedentes de defensa de la contraria, por el hecho de tratarse de una entidad obligada a dar acceso irrestricto a la transparencia.

Por otro lado, se trata de revelar de información comercial, que no sería significativa y no afectaría a las personas o entidades que las aportaron, sin embargo, expone el Fiscal, tener acceso a esa información, podría generar desconfianza en posibles aportantes futuros de información y afectar el cumplimiento de la función de la FNE.

6.14 Semillas transgénicos y transparencia

Las normas de rotulación de alimentos, comúnmente adolecen de un bajo nivel de descripción, luego de sendos rechazos en EEUU¹⁰⁴⁹, por propuestas de etiquetar que los alimentos que se venden contienen componentes de origen transgénico, facilitando a los consumidores tomar una decisión, en coincidencia con lo que la

¹⁰⁴⁷ IRARRÁZABAL, Felipe Y AVENDAÑO, Andrea; “La Mirada de la Fiscalía Nacional Económica sobre el Equilibrio entre la Transparencia de la Función Investigadora y Litigante de un Órgano Persecutor”, pág. 145.

¹⁰⁴⁸ Amparo Rol C330-11.

¹⁰⁴⁹ Inicativa 522 en Washington, Proposición 37 de California.

Comisión Europea denomina la coexistencia¹⁰⁵⁰, como la capacidad de escoger entre cultivos convencionales, ecológicos y modificados genéticamente cumpliendo las normas de etiquetado y de pureza (2003/556/CE), sin transparencia y trazabilidad no puede existir un ejercicio legítimo de la libertad de elegir.

De este modo el Consejo acogió el recurso¹⁰⁵¹, que solicitó conocer el lugar donde se encontraban los cultivos de organismos genéticamente modificados, en los que se debatió respecto del carácter público de dicha información y la posibilidad de afectación de un derecho de propiedad o a la vida o reserva de privados, lo que fue desechado como causales aplicables de reserva en este caso y se ordenó “*informar la ubicación exacta y el nombre del propietario y/o entidad responsable autorizados para cultivar y acopiar semilla transgénica de exportación como también para la experimentación científica en vegetales transgénicos*”.

La transparencia y la participación, pueden contribuir a mejorar la legitimidad y la confianza ciudadanas que han caído de manera preocupante en las encuestas recientes, pero como afirma Juan Alonso, debe advertirse que “[...] *a menudo la transparencia –como discurso que niega su posición enunciativa- y la normalidad como modos de la comunicación y de la acción políticas no son pues necesariamente garantes de un aumento de la confianza recíproca entre representados y representantes*”¹⁰⁵².

El acceso a la información, no debe tener un rol de mero transferencia de datos, sino que debería tener un complemento en sus objetivos, transparencia para un mejor *accountability* y transparencia para contribuir a la mejor participación, en la que deben repensarse los espacios regionales o locales para su mejor inclusión, informativa y participativa. “El fortalecimiento de los gobiernos subnacionales puede hacer avanzar la transparencia y la rendición de cuentas en el ámbito en el que los ciudadanos perciben más directamente la acción de los gobiernos, fortaleciendo además la eficiencia en la gestión pública al acercarlas a las necesidades locales”¹⁰⁵³.

¹⁰⁵⁰ Reglamento (CE) N° 1829/ 2003.

¹⁰⁵¹ María Elena Rozas Flores con SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (SAG) , Rol : A59-09, 06/04/2010; Mayra Feddersen Martínez. con SERVICIO AGRÍCOLA Y GANADERO (SAG) , Rol: A165-09, 06/04/2010.

¹⁰⁵² ALONSO, Juan, ALBERGAMO María Ed. “Las transparencias engañan” La Transparencia Engaña, Op. cit. 5 pág. 82.

¹⁰⁵³ EMMERICH, Gustavo Ernesto, “Transparencia y rendición de cuentas, responsabilidad gubernamental y participación ciudadana”, en Sosa José, Op. cit.216, pág. 125.

6.15 Comentarios del capítulo

La sociedad y la tecnología han permitido el desarrollo de nuevos canales de participación y de organización. Las ONG, que hasta hace poco estaban mejor posicionadas y tenían la capacidad de encauzar las sensibilidades ciudadanas frente a las negociaciones de los TLC, hoy se han visto aumentadas y superadas por las redes sociales. *“Desde el modelo chileno de democracia representativa, la ciudadanía es un espectador de un reality show que otros protagonizan. Se disfruta del pasivo derecho de aprobar o rechazar en bloque las decisiones ya tomadas. La transparencia sólo aumenta la capacidad y la información de la sociedad para censurar decisiones que ya han sido zanjadas por la misma élite y no para participar mejor en aquellos procesos”*¹⁰⁵⁴.

De Ferari, nos insinúa que la democracia representativa ya no responde a las necesidades de la sociedad en redes, con demandas no solo de mejores condiciones y el cumplimiento de las promesas de bienestar con fecha de vencimiento, sino que “[...] *la transparencia no se considera un requisito previo para la participación política activa, sino un medio posterior de legitimación pasiva de las autoridades e instituciones, es decir, la ciudadanía es “invitada” con posterioridad a las decisiones ya consumadas por la élite para asentar con la cabeza y legitimar su accionar*”.

Hemos denominado esta forma que integra transparencia y mayor involucramiento Transparencia Participativa y, parece ser este, el nuevo desafío de nuestra democracia.

Los ciudadanos, son también consumidores y tienes expectativas de ser tomados en cuenta, ya no solo de ser informados de los avances de las negociaciones y de la implementación de los acuerdos comerciales.

Hoy, adicionalmente, exigen tener un rol en la definición de las políticas públicas, quieren ser oídos y que sus opiniones, más o menos fundadas técnicamente, sean consideradas al aprobar las políticas públicas. Las experiencias recientes en el debate energético, son una muestra clara que las redes sociales no son una fuente de pasividad y conformidad ciudadana. Muy por el contrario, los ciudadanos y

¹⁰⁵⁴ DE FERARI, Francisco Radio Cooperativa 17 de abril de 2015 <http://blogs.cooperativa.cl/opinion/politica/20150417132052/la-insuficiente-ilusion-de-la-transparencia/> (acceso 10 de mayo de 2015).

consumidores, demandan y esperan obtener adecuados mecanismos de participación de una democracia directa, una democracia líquida y en la política de la integración comercial, demandan una nueva manera de participación, que hemos denominado “integración líquida”.

Ya nos parece que no es suficiente, la transparencia activa que otorga legitimidad democrática y permite un mayor *accountability*, tampoco parece ya ser suficiente, que existan canales de transparencia pasiva, en los que hay interacción al requerir una información particular, la que permite dar mejores estándares de participación e involucramiento, que también implican una mejor gobernanza y control ciudadano de la actuación de la administración nacional y los organismos multilaterales.

Hoy los ciudadanos, algunos más organizados que otros, exigen ser incluidos en el proceso de toma de decisiones de manera directa y en tiempo real (y porque la tecnología así lo permite), de las negociaciones y acuerdos y ello implica una nueva manera de ejercer los derechos democráticos, de escrutinio público y de gobernanza.

Lo que no sabemos bien, es cómo los organismos multilaterales, los gobiernos y las empresas asumirán estos complejos desafíos, restringiendo al mínimo las causales de reserva o denegación de acceso.

El rol fundamental de las entidades que tutelan el ejercicio de la transparencia a nivel nacional (CPLT) y a nivel internacional (tribunales internacionales), nos plantean la necesidad de velar porque las delimitaciones de este derecho, sean objetivas, previsibles y restringidas, de modo de conciliar lo que está detrás de la transparencia: el ejercicio de derechos fundamentales.

Coincidentemente, con lo que dispone el art 13 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, la participación de la sociedad es una de las claves para reducir la corrupción y sus causas, mayor participación en los procesos de adopción de decisiones enmarcado en un modelo en que la información fluya a través de aumentar la transparencia. Se trata, entonces, de una transparencia participativa en la que la sociedad líquida asume sus características y demandas de mayor legitimidad.

7. CONCLUSIONES

*“La transparencia total,
produce parálisis total”*

(M. A. AGUILAR)

*“El mayor costo político de la corrupción
es el daño que provoca a la confianza pública
en las instituciones y representantes,
soporte fundamental de todo
sistema político democrático”*

(A. FERREIRO)

I

En nuestra investigación nos propusimos una mirada evaluativa de la transparencia que fue al mismo tiempo, transversal y más allá del usual derecho de acceso de información pública del ciudadano respecto de la administración central. A la luz de la revisión que hemos realizado, que existe una coincidencia transversal y compartida por la doctrina, de lo que en verdad significa la transparencia y el importante rol que puede cumplir en el fortalecimiento institucional y el buen gobierno.

Como hemos señalado en reiteradas oportunidades, con toda seguridad la transparencia y el derecho de acceso a información cumplen un rol muy significativo en el proceso de rendición de cuentas, de responsabilidad administrativa, de proveer legitimidad y de facilitar el seguimiento por parte de los ciudadanos en la gestión pública y de la administración de fondos del Estado.

No compartimos, en todo caso una mirada que se ha asentado en Chile, en cuanto a depositar en la transparencia como la gran salvadora, con afirmaciones como que *“sin transparencia no hay ninguna posibilidad de recuperar la confianza de los ciudadanos”*, como afirmara el Presidente del Senado o el que *“sin transparencia no podemos ser probos”* la propia Presidenta de la República, tal vez se trate como

afirmara el anterior Secretario General de la OEA Insulza que no se trata que hay mayor corrupción en el país, sino que ahora somos más transparentes. Debemos advertir los peligros de lo que aparece reiteradamente como una reacción desesperada ante una crisis y graves casos de corrupción contingentes, de los que Chile hoy está viviendo una verdadera tormenta política de descrédito y asimilación de una realidad que hasta hace muy poco, no se admitía.

II

Ante ello, la mirada que surge respecto de la transparencia, es desde la perspectiva que se trata más bien de una institución de rescate de las crisis, que de una herramienta de fortalecimiento del buen gobierno y de la probidad.

La transparencia sería un recurso de última instancia, reactivo y poco sincero, dada la cantidad de declaraciones del sector público y privado, ex post y, ciertamente tardía, y solo una insuficiente respuesta ante los masivos problemas de falta de probidad, y otros de grave corrupción. Lamentablemente, parece ser que para casi todos, se trata de la misma y única solución: más transparencia, como contexto de lo descrito. Ya hemos citado diversas declaraciones extractadas de la prensa de la propia Presidenta de la República, del Presidente del Senado y de casi todos los líderes y miembros de los partidos políticos y del propio Congreso Nacional, que respaldan esta percepción.

Todos los cuestionados y las autoridades, sin excepción, se refugian en la salida más segura para obtener la aprobación de la opinión pública, y que “si tuviéramos más transparencia, esto con seguridad, no habría sucedido”. Desgraciadamente, no compartimos esta mirada que no es más que una medida de escape ante la crisis que se está viviendo y cuyas causas no están en la ausencia o una menor transparencia relativa, que existía en el país.

III

Las normas y mecanismos de promoción del acceso a la información pública que han sido el logro de reivindicaciones de la sociedad civil y que luego han logrado reconocimiento de cortes internacionales, como el ya citado caso Reyes Claude contra el Estado de Chile, ha contado asimismo, con casos comparados de respuestas

institucionales internacionales, con el inicio del ejemplo del IFAI en México que comenzó con mucha fuerza e influencia en la región, pero que más tarde fue perdiendo fortaleza y otros casos como el de España y la normativa de transparencia que entra en total vigor en diciembre de 2015, con la creación del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que presenta ciertas similitudes y otras diferencias, con el ejemplo del Consejo para la Transparencia chileno y que hemos identificado y comentado, como la designación de un presidente que depende del poder ejecutivo del Ministerio de Hacienda Pública y Administraciones Públicas, y la ausencia de sanciones.

Pero, al mismo tiempo, se ha hecho extensiva la ley a las fundaciones en las obligaciones de acceso, como también agregar una perspectiva más sistémica al incorporar el buen gobierno como parte de su mandato. El caso español, asimismo, tiene otros adelantos normativos, como la Agencia de Protección de Datos.

IV

En este sentido, es muy recomendable profundizar en los vínculos de mutuos aportes de experiencias comparadas en los procesos de implementación de una normativa que tiene evidentes potencialidades de aprendizaje recíproco.

La transparencia, debe siempre entenderse en función del rol que cumple en cuanto al acceso a la información, debe tratarse en todo caso, de información relevante. Ello, sin embargo, no es fácil de calificar, ni es claro a quien corresponde esta determinación, pero la normativa debe orientarse al fortalecimiento y defensa de esa mirada, proteger la promoción de información abierta, liberada, para un uso y aprovechamiento del ciudadano. La tentación de caer en lo que hemos descrito como transparencia putativa o aparente, nos conducirá solo al engaño y a la búsqueda de una solución parcial, y que no ataca el problema de fondo, esto es, la corrupción.

Mayor transparencia, en todo caso, no significará necesariamente que la gente va a confiar más, ni que dejarán de existir casos de corrupción, ni siquiera que, los casos de los que tenemos reciente conocimiento de fraudes tributarios en el financiamiento de los partidos políticos y de las elecciones, no se volverán a cometer.

V

Las medidas que estimulen la mayor probidad y que dificulten la corrupción, deben partir por reconocer una realidad humana, su posibilidad de ser seducida por la corrupción, del modo franco y directo que nos advierte *Lord Acton*.

Si no se presenta una perspectiva que debe partir por sincerar el contexto y, que asimismo, implemente una mirada sistémica de la corrupción y no parcializada y en formato de parches, que parecen pretender cubrir el sol con el dedo, sino que debe ir en complemento de otras acciones que desincentiven las malas prácticas, que se deben sancionar con la mayor severidad, pero que debe, al mismo tiempo, identificar con claridad qué tipo de conductas son de la mayor gravedad y no confundir a la población con juicios valóricos que parecen igualar toda acción que implique un defecto de forma en el cumplimiento de una norma, con un acto de corrupción.

La propia procuraduría del Estado (Consejo de Defensa del Estado) calificó a los acusados de fraude tributario como equivalentes a narcotraficantes. Por otro lado, tampoco es adecuado que los delitos de cohecho tengan tan escasa sanción y que los delitos contra la propiedad, tengan tanta atención y sanción de la sociedad, lo que recientemente generó una declaración del propio Juez de la causa del caso Penta, que estimó que existen unas bajas penas asignadas al cohecho, en comparación con delitos contra la propiedad, lo que estimamos de urgente atención normativa.

En el mismo sentido, y entendiendo que se trata de una temática que se vincula directamente con la valoración cultural que los ciudadanos tienen de las conductas, como también, la de los propios funcionarios respecto de los comportamientos propios y de sus colegas. Es por ello, muy relevante desarrollar una política de capacitación de los funcionarios y de los ciudadanos, al mismo tiempo, deben también capacitarse los partidos políticos y los parlamentarios.

VI

Nos parece correcta la señal que muestra el informe de la denominada Comisión Engel, pero creemos al mismo tiempo, que debe ser aún mayor la aproximación y la relevancia que debe tener este proceso que, además debe ser informativo hacia la ciudadanía y en los espacios de formación como los colegios, la mayoría de las personas no entiende bien los procesos de decisiones, designaciones y asignaciones de recursos,

parece entonces, como muy significativo que se explique mejor en lugar que el énfasis sea solo que se muestre más.

La transparencia, se ha definido según varias miradas, que las propias legislaciones o la doctrina consideran, pero nosotros hemos sugerido una mirada que es algo diferente, aunque complementaria, entender la transparencia como el derecho a conocer lo que no se quiere mostrar, por una persona o entidad que se encuentra obligada a ello y agregamos, asimismo, que debe tratarse de información relevante para el usuario o destinatario.

Los debates que hemos recogido en la jurisprudencia administrativa del Consejo para la Transparencia, han recorrido distintos matices y rincones que buscan una delimitación que le sirva al funcionario y al ciudadano, de orientación para saber desde la perspectiva restrictiva que asume la legislación del secreto y reserva.

VII

Hemos, asimismo, incluido una mirada desde rol de la transparencia en los privados, en especial, desde el tercer sector y que desempeña una labor tan importante en la participación, el *accountability* y la denuncia de temáticas que, sin duda son complementarias con el rol del Estado, pero no por ello, se encuentran exentas de la obligación de mostrar de manera rigurosa las labores, los financiamientos y la rendición de cuentas de toda la gestión. Ello debería ser un estímulo para ganar legitimidad y mayor apoyo de los ciudadanos, y no para ejercer un control, ni mucho menos, para que dejen de ser esencialmente organizaciones no gubernamentales, la información debe ir en beneficio de los grupos de interés y no en un mayor control estatal, que terminaría afectando sensiblemente su importante gestión.

Al realizar nuestro análisis del tercer sector, coincidentemente, nos hemos encontrado otra vez con la crisis política que vive Chile, al aparecerse varias entidades muy cuestionadas en la actual crisis, los partidos políticos, los *think tank* de los partidos, las corporaciones que son dueñas de varias universidades privadas que han estado lucrando indebidamente, sin tener obligaciones de una rendición y *accountability* suficientes, ni la menor exigencia de transparencia para informar a los ciudadanos y estudiantes, la manera en que esta importante función se ha desarrollado ni la rendición de los dineros que en varios de los casos han salido por medio de

esquemas de sociedades inmobiliarias que les han permitido eludir el objetivo educacional y “sin fin de lucro” que tenían las estructuras jurídicas de corporaciones.

VIII

La crisis de la clase política y la falta de liderazgo, a la par con graves casos de corrupción, lamentablemente, podemos observarla en varios países de la región, el más claro y evidente es la crisis de la Presidenta de Brasil Dilma Rousseff, que desde mucho antes del inicio de su gobierno el partido de los trabajadores (PT), ha revelado reiterados casos judiciales muy graves de corrupción, en los que se han visto involucrados inclusive Ministros del propio gobierno, como el recordado caso del “Mensalão” y que supuso además de una grave crisis política para el Presidente Lula da Silva, la renuncia e incluso, las penas de cárcel para varios de los miembros de la cúpula de partido, hoy estamos observando un escándalo de inmensas dimensiones con la empresa petrolera nacional “Petrobras”.

Lo que se describe para la región de Latinoamérica, también es extrapolable a diversos casos de Europa, el más reseñado en la prensa de nuestra región son los sucesivos excesos acaecidos en España, como fue el escándalo de las Cajas financieras, las *tarjetas black*, el caso Bárcenas con un financiamiento mediante pagos en negro para personeros del partido, en ese entonces, en el gobierno de España, el Partido Popular, inclusive la Casa Real Española se vio expuesta en el caso del miembro de la familia real, con la Fundación Nóos.

La transparencia en ello ha contribuido a dar a conocer los hechos, que desgraciadamente mantienen con buenas razones a los ciudadanos marginados de la participación política y con una mínima confianza en los representantes políticos y de los partidos de todo color.

El reciente caso que se ha revelado en la prensa, de la empresa alemana Volkswagen, que falseó los datos de emisiones de 12 millones de vehículos diésel, para poder pasar en EEUU los controles ambientales de gases, son solo la confirmación que vivimos tiempos en los que la corrupción y sus perniciosos efectos han calado hasta lo más íntimo de nuestra sociedad y de nuestra convivencia y sus efectos debieran ser fuente de preocupación y atención de toda la ciudadanía y de la academia.

IX

No parece existir, hasta ahora, un análisis suficiente desde la perspectiva del sujeto, que es beneficiario de la información y permitiría entender de mejor manera los efectos, beneficios y riesgos de la transparencia. Posiblemente, ello exceda la disciplina del derecho y requiere recurrir a una mirada desde la sociología y de la ciencia política.

Cuando se habla de acceso a la información y de la transparencia, se la mira desde una perspectiva fundada en el derecho a exigirla y el deber de entregarla, pero no parece que se debe olvidar asimismo, el entender la transparencia desde sus efectos, desde el requirente de la información, de lo que se pretende con lo solicitado, y no nos referimos aquí, a las segundas intenciones de un ciudadano, que haya solicitado información, sino al rol que debe cumplir la transparencia, lo que la ley debe proteger y garantizar no es tanto la entrega, sino el objetivo de informar, se trata de entregar datos, cifras, fechas, nombres, contextos, que permitan evaluar y juzgar para cumplir, a través de ello, un importante proceso de evaluación ciudadana y participativo. Si la información no es relevante, más que informar, termina confundiendo o incluso, como se ha afirmado, engañando.

X

Hemos identificado en ello, 4 roles que puede cumplir la transparencia desde el punto de vista del sujeto receptor de la información: Transparencia preventiva; Transparencia pvaluativa; Transparencia putativa o aparente; Transparencia participativa.

Cada uno de estos roles, que puede cumplir la transparencia, deben ser considerados al momento de promover y cuidar la transparencia, para no caer en la creencia que la transparencia solo se justifica en su garantía, sino que debe y puede cumplir un rol muy relevante y favorable para el bien común.

Lo importante, entonces, al realizar esta distinción no es un mero ejercicio de palabras, sino que pensamos que nos permite resolver de mejor manera algunos de los problemas que deben identificarse y enfrentarse, cuando se trata por ejemplo, de la información que es prácticamente irrelevante y que solo se entrega como un simple

cumplimiento de la exigencia, ya sea que se trate de transparencia activa o pasiva, si el resultado es la conformidad y creencia de encontrarse informado.

Sirven como ejemplo, en este punto la exigencia de declaraciones patrimoniales en la normativa previa a la crisis en Chile, que no sirven prácticamente de casi de nada, ya que muestran muy poco y esconden demasiado y, casi siempre, solo lo que puede ser verdaderamente relevante, o también el caso de las remuneraciones de los funcionarios que se incluyen como transparencia activa en los sitios web de todos los servicios y ministerios, pero como ha demostrado la crisis de fraude de financiamiento de las elecciones, se recurrió a parientes, amigos y empresas creadas para el caso puntual, que terminaron eludiendo un control tan leve que muchos pensaron que existía mayor control y se podía confiar en las personas que estamos “vigilando” gracias a la transparencia, todo resultó una quimera.

De esta manera, se requiere hacer una tarea transversal en la que la ciudadanía y las ONG, deben orientar y capacitar a los ciudadanos que aprendan a hacer un uso apropiado y efectivo de la información, que conduzca a la comprensión de la información. Del mismo modo, debe educarse a la ciudadanía para que mejore su conocimiento del funcionamiento del Estado y de sus derechos ciudadanos de manera que la información sirva para su propósito y no termine siendo un distractor y genere la sensación que las autoridades o funcionarios cumplen con datos muchas veces irrelevantes o que no sean conducentes a un *accountability*.

XI

Debe considerarse, asimismo, que la transparencia lleva en su deseable promoción, también, como nos advierten autores como *Byung Chul Han*, los riesgos del control, incluso a niveles totalitarios, ya anticipados por Rousseau y Marx, a una privación del espacio político y, en definitiva, a una desconfianza de todo y de todos.

Pensamos que la transparencia contiene y fortalece grandes valores, pero no creemos que ello está asegurado ni que es un fin en sí misma, y que esta aproximación puede terminar estimulando una pérdida de la actual tendencia de ir ganando espacios de transparencia e información, y es posible que la transparencia nos engañe.

Los efectos negativos de la transparencia como un fin, hasta ahora no han sido desarrollados, salvo un pequeño grupo de la doctrina, lo que hace necesario incluirlo en los debates y análisis de las nuevas normativas y sus desafíos.

Destacan en lo anterior, los autores que desde la filosofía como Byung Chul Han, nos advirtieron con oportuna anticipación de los riesgos de buscar en la transparencia total, algo más que el vacío y lo que se encuentra muerto.

XII

Asimismo, nos encontramos con autores como Miguel Angel Aguilar, María Albergamo, Jorge Lozano y Fernando Vallespín, que también desde otras disciplinas, y no desde el derecho, como la lingüística y la estética, nos han hecho apreciar que la transparencia desde el estudio del color de Goethe, no es más que un intermediario y permite ver solo una parte de la realidad y va implícita en su propia esencia la de aceptar que lo que se trasluce no es la realidad, sino una objetividad entre paréntesis, como nos recordaba el biólogo Maturana.

Hemos analizado en profundidad tres áreas en las que la transparencia tiene una tarea pendiente e importante, además en ello, identificamos sus roles y responsabilidad en su calidad de participación y de una democracia líquida.

Primero nos sumergimos en la tendencia del efecto evolutivo y cascada desde lo internacional hacia lo local y quizás el surgimiento de una nueva manera en que la regulación en el derecho administrativo global va marcando estándares y normas que cruzan las fronteras, en ellas, la transparencia y otros principios del derecho administrativo han ido ganando aceptación y acatamiento.

XIII

Respecto del tercer sector, hemos descrito en detalle la normativa nacional que hasta ahora ha sido insuficiente, a pesar de una modificación normativa de los últimos años, la que sin embargo, no ha incluido exigencias adecuadas para incluir obligaciones de mayor rendición de cuentas y transparencia, ello a pesar, del hecho que hay un porcentaje muy relevante de los montos de su financiamiento que tienen origen en fondos públicos y también del hecho, muy significativo, que las tareas que desarrollan

las ONG son muy relevantes para la sociedad y el complemento de las actividades estatales, en el cumplimiento de rol y mandato.

Nos hemos manifestado expresamente en favor de una transparencia decidida que no entorpezca el actuar de las ONG ni que suponga trabas y costes excesivos, ello mediante la rendición periódica de aspectos mínimos que han sido identificados por Chile Transparente, con un listado de estándares y recomendaciones, denominados estándares de transparencia progresiva, para organizaciones sin fines de lucro.

Por otra parte, también creemos que debe fortalecerse la credibilidad y la inclusión de los grupos de interés, respecto de los cuales debe permitirse la consulta y requerimientos del tipo de transparencia pasiva y dar respuesta a inquietudes, lo que debería conformar un efecto subjetivo de mayor legitimidad confianza y de mejor evaluación objetiva por parte de las entidades públicas y que hoy entregan recursos, sin mayores requerimientos que una rendición final que, sin embargo, no pasa de ser más que una rendición de cifras y dineros, pero no existe una evaluación de fondo y de criterios como, requerir los niveles de transparencia que logran estas entidades que pueden incluir algunas de las opciones que existen de obtener certificaciones de los pares. Finalmente, hemos afirmado, que no es aceptable que las ONG puedan mantenerse como entidades no transparentes, nos parece una evidente contradicción de su propia esencia y labor.

XIV

Respecto de la alimentación nos abocamos a identificar la reglamentación y desafíos de la información que se entrega a los consumidores que, además, debe ir alineada con las tareas de salud pública, con datos que en los últimos años han sido muy preocupantes por el creciente número de menores con niveles de sobrepeso y obesidad.

Respecto de si debe el Estado cumplir una tarea de información más allá de las obligaciones de salud pública, creemos que deben incrementarse las actuales regulaciones de rotulación de alimentos que además fueron ajustadas mediante un reglamento de la ley de rotulación 20.606, en julio de 2015, mediante una señalética muy explícita que advierte la presencia de altos niveles de sodio, azúcares, grasas saturadas y calorías.

En esta labor de protección de la salud de la población y de orientación a los consumidores para que, libremente realicen sus opciones de alimentación, parece existir una exigencia mayor, cuando se trata de menores de edad y alumnos de los colegios, que hasta hoy han tenido acceso a alimentos de baja calidad nutricional y lejos de las recomendaciones de los estándares internacionales y en el que la información y el debate de la transparencia han tenido una gran polarización y una retrasa en su definición por parte del Estado.

Como es de esperar, los afectados con las restricciones han hecho valer sus posturas y llevando incluso el caso a autoridades nacionales e internacionales para representar sus inquietudes y los reclamos que se estiman pertinentes, ello ante la Contraloría General de la República y mediante el inicio de las consultas ante la OMC. Se encuentra pendiente la resolución de estos reclamos.

XV

Se han desarrollado debates a nivel del Consejo para la Transparencia sobre temáticas relativas a los alimentos, la rotulación, la ubicación de los cultivos transgénicos, la aplicación de sustancias a los salmones, entre otras. En todas ellas, se ha argumentado desde las diferentes posiciones, como si se tratara de un conflicto casi imposible de encontrar un equilibrio y consenso.

En especial, respecto de la regulación de los organismos genéticamente modificados se ha incluido una visión comparada y un debate muy interesante respecto a las implicancias de la contaminación involuntaria genética y lo que hemos sostenido en este tema, es la defensa del criterio de la coexistencia que ha planteado la Unión Europea y su regulación directiva 2001/18/CE, que ha sido modificada la Directiva (UE) por la Directiva 2015/412 del Parlamento Europeo y del Consejo, el 11 de marzo de 2015, en el sentido que los Estados deben adoptar medidas adecuadas para evitar la contaminación transfronteriza en los demás Estados, en especial aquellos en los que esté prohibido el cultivo de los OGM, esto implica en primera medida, es la total transparencia de las localizaciones de los cultivos transgénicos y, por otra parte, existe la necesidad de rotular la presencia de alimentos que han sido preparados a partir de OGM, lo que como se advirtió, fue rechazado en el caso de EEUU, en sucesivas propuestas de etiquetado.

Con estos ejemplos, se puede anticipar que existe un interesante debate respecto al derecho y el deber de informar a los usuarios, ciudadanos y consumidores respecto de alimentos que aun no teniendo demostraciones científicas concretas de producir daño a la salud, deben sin embargo, darse las garantías adecuadas para asegurar una decisión informada de consumo y nutrición.

XVI

Hemos realizado, asimismo, una comparación del actual proceso de integración comercial y las negociaciones que se están realizando en acuerdos como el TPP y la Alianza del Pacífico, en estos procesos de negociaciones diplomáticos y comerciales, ha existido con frecuencia una total carencia de transparencia y participación de distintos grupos que no tienen la fuerza de los grandes gremios industriales.

Al realizar esta descripción, hemos incorporado las observaciones de los cambios ciudadanos y sociales que realiza Bauman, en lo que se ha denominado la democracia líquida, en este proceso creciente de mayores espacios de participación, creemos que con toda seguridad, la demanda de una mayor transparencia que no solo conduzca a la mayor información, sino que a la participación en las decisiones de manera directa, que además implica una enorme dificultad para la democracia representativa, en el esquema que hasta ahora ha servido a las democracias modernas.

La tardomodernidad parece exigirnos reevaluar la manera en que los ciudadanos son consultados, incorporados y en particular, informados. La transparencia puede ser una de las claves más relevantes en este proceso, y por ello, le denominamos en esto “integración líquida” y la exigencia de una “transparencia participativa”, esto implica que ya no se trata solo de informar, sino que se debe también incluir en el proceso de toma de decisiones.

Reconocemos en ello, las dificultades de realizar consultas permanentes en tantas temáticas, y en especial, en los temas de políticas públicas de largo plazo, que no siempre son la prioridad de los ciudadanos que piensan en sus problemas cotidianos, y en particular, si incluimos la observación de Bauman, que se trata ya no de ciudadanos, sino que de individuos.

XVII

Hemos incluido, la tendencia de la consulta en normativas internacionales como el Convenio 169 de la OIT, como una concreta ejemplificación de lo que está desafiando a la normativa de los países que han firmado este acuerdo y, en particular a Chile, se trata de un estándar internacional que no tiene una claridad para su implementación y que exige para su cumplimiento de buena fe y eficacia, que se repiense de qué manera la transparencia y la información, pueden ser un vector de promoción o, si no se le entiende adecuadamente, terminará siendo letra muerta y fuente de conflictos y disputas. Creemos que la transparencia bien entendida, puede jugar un rol de inclusión, pero debe también, tenerse en consideración la manera de convocar en la participación y toma de decisiones informadas.

XVIII

Casos, como el de la Fiscalía Nacional Económica, en la que el propio Fiscal ha expresado su reflexión respecto de efectos negativos en el desarrollo de una investigación y que, en una etapa procesal temprana, se soliciten transparentar antecedentes o datos que puedan tener un valor estratégico y debilitar la estrategia y la función relevante de un órgano como este y que, por promover la transparencia, se termine generando y aceptando externalidades negativas con un claro coste para la sociedad, cuando lo que se ha planteado no es esconder información, sino que simplemente dilatar el acceso a una oportunidad procesal posterior, en la que divulgar la información no genere un problema para el desarrollo de una investigación y que se tratat de un tema aún no resuelto, ya que se han desarrollado debates a nivel jurisprudencial.

XIX

El proceso y desafíos de corrupción y debate del rol de la transparencia en Chile en la actualidad. Ante la pregunta que se ha formulado a varios políticos respecto a que ¿es Chile un país corrupto?

Es una pregunta que hoy parece ser más difícil de responder que hace pocos meses atrás, donde los índices de percepción de corrupción nos daban el liderazgo en la región, y que todo parecía indicar que nos distanciábamos de casos dramáticos y

que ante la simple mención, cualquier chileno, habría advertido con cierto orgullo: Chile no es así, esto no pasa en Chile.

Sin embargo, a finales del 2015, esa reacción probablemente sería muy diferente, las encuestas de percepción internas tanto del CADEM, como de Adimark, advierten preocupantes niveles de desconfianza y decepción de las instituciones republicanas, en Julio de 2015, el Congreso cotizaba estudios para asesorarse de manera de mejorar su imagen pública, que no es otra cosa que la percepción que los ciudadanos tienen de su comportamiento, de su gestión y de su responsabilidad y probidad. Las encuestas muestran niveles muy preocupantes de cerca del 5% de confianza en el Congreso y 3% en los partidos políticos.

La noticia, solo confirmó que nadie dudaba en que el Congreso necesitara mejorar su imagen, pero con toda seguridad, no se trataba de hacer campañas publicitarias, sino de cambiar la percepción que se basaba en los casos que la ciudadanía estaba conociendo por la prensa y por los tribunales de justicia.

La mayoría de los personeros de gobierno y de las empresas, han advertido con claridad, que no, Chile, no es un país corrupto, ello revela o que están negando algo que es un secreto a voces, o que simplemente no estamos de acuerdo en lo que significa realmente la corrupción. Es un hecho que Chile está viviendo una grave crisis de desconfianza de la ciudadanía, por causa de casos reales de corrupción y que deben sincerarse y tratarse con el rigor de la ley, sin excepciones, sin contemplaciones. Empero, ello no implica ni justifica, que debemos caer en la desconfianza total y general.

XX

La creación de una Comisión presidencial anticorrupción, constituye una propuesta interesante, pero creemos que la designación de los integrantes, la manera de aproximarse a los temas, las conclusiones y las medidas propuestas, no fueron la opción mas acertada de asumir un tema tan importante y sensible, situación que solo empeoró con la forma y fondo del anuncio presidencial, que le quitó casi todo sentido, con el anuncio de un proceso constituyente que no decía relación con el mandato ni con las recomendaciones de la referida Comisión. Ello no obsta, a que se pueda aprovechar el contexto político y normativo para darle celeridad a una treintena de

proyectos que están en trámite pendiente en el Congreso y requieren un apoyo del ejecutivo para darle éxito y celeridad.

Desde la Comisión y de la presidencia, como fuera de ellas, se reconoce que la mayor transparencia es un requisito *sine qua non*, para mejorar la confianza y la probidad, pero puede parecer que llegan a esta conclusión más por desesperación y carencia de ideas concretas, que como resultado de un proceso deliberativo o mediante conclusiones científicas y respaldadas.

No existe un diagnóstico adecuado del problema y ajustado a la realidad nacional, se sugiere por ello una medida genérica, que con alta probabilidad, no podrá solucionar un aspecto medular de la crisis y es la falta de credibilidad y la confianza en la democracia representativa. Todo ello, sumado a las demandas crecientes de una democracia líquida y verdaderamente participativa, según hemos expuesto a través de los planteamientos de Bauman.

XXI

La transparencia no es lo mismo que la verdad y como nos aconseja Byung Chul Han, deberíamos repensar qué se busca con esta desesperada inquietud que una tribuna de un medio de prensa español de prensa, que tituló como “locos por la transparencia”.

Se ha descrito con detención el debate fundamentalmente político de la crisis de financiamiento de la política y de las elecciones, que se originó probablemente mucho antes de la ley del año 2003, N.º 19.884 sobre transparencia, límite y gasto electoral. Como ya advertimos, en esta oportunidad como en otros textos similares, también se recurre al título de transparencia, pero no se incluyen normas de mayor transparencia, sino que se la aduce como excusa, a veces pareciera que se habla de transparencia para esconder, como el caso en que los gastos electorales terminaron siendo, gastos reservados.

Se aprecia relativamente poco reconocimiento, por parte de los actores políticos de las responsabilidades, muchos de ellos queriendo sacar el cuerpo a los procesos judiciales y responsabilidades políticas, la mayoría, se alejaba lo más posible de la luz del sol, que como se ha afirmado muchas veces, es el mejor desinfectante.

La trama judicial tomará algún tiempo en desenvolverse, sin embargo, las sorpresas serán pocas, aunque muchos los detalles para la prensa. Se trata de una práctica transversal de financiamiento irregular que afectaba entre otras cosas, la recaudación tributaria y la legitimidad de los candidatos y del Congreso, aquí llegamos a un diagnóstico preocupante, la falta de comprensión de la clase política, se trata de un problema del sistema político y no de algunos políticos y la solución, por lo tanto, debe ser integral y sistémica.

XXII

No puede dejar de reconocerse algunas iniciativas de parte de instituciones como el Senado que en enero de 2015 crea una Comisión de Ética y Transparencia, la que fija un marco de conductas para los parlamentarios, y que está facultada para sancionar las faltas a la ética parlamentaria en que incurran. De manera que mantendrá un monitoreo de su comportamiento.

Con posterioridad, el Congreso el 21 de julio de 2015, efectuó por primera vez en 204 años de historia del parlamento, una cuenta pública, lo que sin embargo, la prensa consideró que no agregaba muchas novedades y énfasis en la probidad, el Presidente del Senado explicó que para mejorar las comunicaciones con la ciudadanía se requería una predisposición de oír y ser más transparentes. Con ello, se anunciaron medidas de evitar dobles pagos de viáticos, definir la exclusividad de la dedicación al parlamento y evitar la influencia del dinero en la política.

Si bien se trata de reiteraciones de propuestas ya existentes, y de un mea culpa que parece algo extemporáneo y tardío, no deja de ser relevante que se asuma derechamente las malas prácticas y se comprometa a cambiar las conductas y la creación de nuevas normas.

XXIII

Lo que fue considerado por algunos expertos como una oportunidad perdida para reconocer culpas y enmendar el camino, para otros, fue solo un tibio reconocimiento de culpas, ninguna acción inmediata y ninguna medida correctiva significativa. La prensa también la evaluó como una deslucida cuenta pública del Congreso, aunque la estimó valiosa, debió ser respaldada con información precisa y

desagregada, que permitiera formarse un juicio y faltó incluirse aspectos muy relevantes como la ejecución del presupuesto del Congreso, concluye, que si bien es positivo reconocer los errores y marca el inicio para enmendar un rumbo para recuperar la confianza de la ciudadanía, ello requiere un decidido énfasis de los proyectos de ley y la atención para no quedar en buenas intenciones y sin resolver un problema de tal gravedad y quedar a mitad del camino.

Tal vez, el Presidente del Senado Patricio Walker, con excesivo entusiasmo señaló que era hora de oír a la ciudadanía y de aprovechar la crisis de confianza, se propuso modernizar el proceso de generación de las leyes con mecanismos de participación ciudadana, todo ello en un marco de proyectos para mejorar el sistema democrático, mediante el robustecimiento de los estándares de probidad y transparencia.

Se señalaron como medidas en este sentido, la conformación de una comisión de Probidad y Transparencia; aumento de las sanciones a los parlamentarios que infrinjan las normas de financiamiento de las campañas; la creación de una Dirección de ética y transparencia parlamentaria; la obligación de abstenerse en votaciones cuando existan casos de conflictos de interés; ampliar y endurecer las sanciones que se pueden aplicar por la Comisión de ética del Senado; reforzar el sistema de auditorías externas e interna; elaborar nuevas reglas sobre la publicidad en el ámbito de las comisiones, siguiendo el ejemplo de la Cámara de Diputados;

No cabe duda que, Chile no es una isla que está libre de casos de corrupción, la actitud triunfalista que ha existido en los últimos años, nos parece que nos ha hecho bajar la atención de casos que estaban casi frente a nuestros ojos, como los casos de financiamiento de la política y de los partidos, que aunque no eran conocidos en detalle, si se podían anticipar por varias vías.

Tampoco parece que lo adecuado sea caer en una actitud negativa y de pesimismo, como que ya está todo perdido o en generalizaciones y pérdidas totales de confianza en la clase política y de los partidos, ya que el hecho de haber generado una molestia en la ciudadanía, son también reveladoras que los ciudadanos no aprueban estas conductas y castigan con su rechazo a los partidos y las personas que están asociados a malas prácticas.

No parece apropiado obviar el hecho que la sociedad es un reflejo de los ciudadanos y sus buenas o malas prácticas, hay varias tendencias que deben atenderse

como el caso que hay cerca de un 30% de los usuarios del transporte público que no lo pagan; que la costumbre de hacer facturas con falsedad ideológica, son una práctica más o menos habitual; que en la prensa se pueden ver diversos casos de pequeños, medianos y grandes fraudes de todo tipo y ello es revelador de algo innegable, la cultura de los chilenos, parece que ha disminuido su vara moral de exigencia, la sensación que si algunos o muchos, realizan ciertas conductas de tráfico de influencias o utilizar mecanismos de elusión tributaria, es por ello, una justificación suficiente para que otros lo hagan o que no se realice un reproche de una mala práctica.

En ello, nos parece que la transparencia puede y debe jugar un rol significativo, denunciar, conocer, informar, exigir los datos para poder evaluar, para juzgar al menos políticamente a las autoridades y expresar ese juicio valorativo, dependiendo de la gravedad de los hechos, mediante la denuncia, juicio y castigo o por la más importante de las valoraciones ciudadanas, la elección por medio del sufragio universal, ejercida con toda la información pertinente.

8. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Accountability Forum, Issue 1: Spring 2004 Greenleaf Publishing Limited and Accountability.
- AA.VV. Antecedentes Legales sobre el sector sin Fines de Lucro en Chile, del Estudio Comparativo del Sector sin Fines de Lucro en Chile (mayo de 2007).
- AA.VV. Antecedentes Legales sobre el Sector sin Fines de Lucro en Chile, Estudio comparativo del sector sin fines de lucro en Chile; Mayo 2007 PNUD, Focus.
- AA.VV. Cartilla Informativa Sobre Organismos Transgénicos, Heinrich Boll Stiftung 2009.
- AA.VV. Changing relationships between International Non-Governmental Organizations and the United Nations (<http://www.uia.org/doc-archive>)
- AA.VV. Estudio Comparativo del Sector Sin Fines de Lucro: CHILE, Equipo de Investigación FOCUS y Equipo de investigación Johns Hopkins University-Center for Civil Society Studies; PRINTER S.A., Santiago de Chile Abril 2006.
- AA.VV. Final Report and Audit 14 to 22 March 2012 in Chile In Order to Evaluate the Control System for GMO with regards to seeds intended for Export to EU (DG(SANCO) 2012-6300) EU Health and Consumers Directorate General.
- AA.VV. Guía de Aplicación de las Exigencias de Etiquetado y Trazabilidad de Alimentos y Piensos Modificados Genéticamente FIAB, 2004.
- AA.VV. Implementation of Operational Directive 4.20 on Indigenous Peoples: An Independent Desk Review; Background Paper I A Review of Selected Issues Related to IP, OEDCR World Bank.
- AHLBORN, Christiane and Headen Pfitzer, James; Transparency and Public Participation in WTO Dispute Settlement; Center for International Environmental Law; 2009.

- ALLI ARANGUREN Juan-Cruz; “Derecho Administrativo y Globalización”, Cátedra Garrigues, U de Navarra Ed. Civitas Madrid (2004).
- ALNOOR EBRAHIM Ebrahim, ‘Accountability in Practice: Mechanisms for NGOs,’ in *World Development*, vol. 31, no. 5, 2003.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El Softlaw Comunitario” *Revista de Administración Pública* N.º159 (enero abril 2001) p 63 y ss
- ALONSO GARCÍA, Ricardo; La Inserción del derecho Europeo en el Ordenamiento Español; *Revista de Derecho Comunitario Europeo*; núm 29, Madrid enero/abril (2008), págs 7-17.
- ALONSO, Juan, ALBERGAMO María Ed. “Las transparencias engañan” *La Transparencia Engaña*, Madrid Biblioteca Nueva 2014
- ALTIERI Miguel A.; The Myth of Coexistence: Why Transgenic Crops Are Not Compatible With Agroecologically Based Systems of Production; *Bulletin of Science, Technology & Society*, Vol. 25, No. 4, August 2005, 361-371.
- AMUNÁTEGUI Carlos Felipe; Acción de responsabilidad y teoría de las inmisiones; *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL* (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) [pp. 53 - 73] (b)
- AMUNÁTEGUI Carlos Felipe; Hacia un concepto de Inmisiones en el derecho chileno; *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 No 1, pp. 46 - 86 2013 (a).
- AMUNÁTEGUI Carlos Felipe; Las relaciones de vecindad y la teoría de las inmisiones en el Código Civil *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII* (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) pp. 77 – 120.
- AMUNÁTEGUI Carlos Felipe; No Siendo Contra Derecho Ajeno: Hacia la Formulación de una Teoría de las Inmisiones en Nuestro Código Civil; *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N0 3, pp. 505 - 525 2009.
- ANDERSON Kenneth, What NGO Accountability Means– and does not Mean, Washington College of Law Research Paper No. 2009-18, <http://ssrn.com/abstract=1373487>
- ANDERSON, Kenneth; NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations; Publication: *American Journal of International Law* Date: Thursday, January 1 2009.

- ANINAT, Magdalena; Primer Estudio CEFIS UAI de Filantropía en Chile, Visión Práctica de los aportes sociales de los grupos empresariales Universidad Adolfo Ibañez Escuela de Gobierno, 2015
- ARENILLA, Manuel; Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, Formación y selección en la administración pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2011
- AYLWIN, José. 2009. Las implicancias de la ratificación del Convenio N.º 169 de la OIT en Chile;
- BALLBÉ, Manuel y Padrós Carlos, Estado Competitivo y Armonización Europea; Editorial Ariel Sociedad Económica, 1997.
- BALLBÉ, Manuel; “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización entre la Americanización y la Europeización” Revista de Administración Pública N.º174, sept-dic (2007).
- BANISAR, D. (2006) Freedom of Information around the world 2006: A global survey of acces to government information laws.
- BARRIOS LORENA L., BUSTOS Z NELLY. Et al Raciones de desayuno y almuerzo entregadas a preescolares por el Programa de Alimentación Escolar (PAE): calorías aportadas y consumidas Revista Chilena de Nutrición Vol. 40, N.º 4, Diciembre 2013
- BARROS BOURIE, Enrique; La Responsabilidad Civil como Derecho Privado; Estudios Públicos, 112 (Primavera, 2008).
- BARROS BOURIE, Enrique; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt; Modernidad Líquida; Fondo de la Cultura Económica 2013
- BECK, Ulrich, La Sociedad del Riesgo Hacia una Nueva Modernidad; Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1998.
- BECK, Ulrich; Libertad o Capitalismo; Conversaciones con Johanes Wilms, Editoriciones Paidos, Estado y Sociedad (2002)
- BELLEI TAGLE, Carlos; Amicus Curiae Briefs Before WTO Dispute Settlement System: Welcome Friends? Godina 2012/13, broj 2 • Year 2012/13, No. 2

- BERNSTEIN, Steven and Hannah Erin; Non-State Global Standard Setting and the WTO: Legitimacy and the Need for Regulatory Space; *J Int Economic Law* (2008) 11 (3): 575-608
- BLANCO, Carlos Coordinador; *Cultivos Transgénicos para la Agricultura latinoamericana*. Fondo de Cultura Económica, 2008.
- BLÁZQUEZ NAVARRO, Irene; “Los Límites del unilateralismo en el sistema de solución de diferencias de la OMC”, *Anuario de Derecho Internacional* t.XVI 2000.
- BOGDANDY Armin von, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*; *German Law Journal*, Vol. 09 No. 11 (2008)
- BOGDANDY Armin von, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*; *The European Journal of International Law* Vol. 15 no.5 (2004) 885–906.
- BONZON, Yves; *Institutionalizing Public Participation in WTO Decision Making: Some Conceptual Hurdles and Avenues*; *J Int Economic Law* (2008) 11 (4): 751-777
- BOVENS, Schillemans, y T’Hart (2008) *Does Public Accountability work?* *Public Administration* Vol. 86(1), 225-242.
- BRENDAN O’DWYER, Jeffrey Unerman *The paradox of greater NGO accountability: A case study* / *Accounting, Organizations and Society* 33 (2008) 801–824
- BRIGNARDELLO, J, Gac D, Cediel G, Córdova G. *Evaluación del nivel de comprensión del etiquetado nutricional*. Minsal, 2008.
- BYUNG-CHUL, HAN “*En el Enjambre*”, Herder 2014
- BYUNG-CHUL, HAN; *La Sociedad de la Transparencia*; Herder Editorial S. L. Barcelona, 2013.
- CAC/GL 23 1997 *Etiquetado de Alimentos 5ª Edición*; Organización mundial de la salud organización de las naciones unidas para la agricultura y la alimentación, Roma, 2007
- CANCINO, Bernardita pág 28 *La asociación de los privados organismos privados de desarrollo* publicado en 1996, Ediciones Sur (Santiago).

- CANIUQUEO, Sergio.; Levil, Rodrigo; Claridad sobre dos Legislaciones: Convenio 169 OIT y Reconocimiento Constitucional; Pastoral popular [artículo de revista] Vol. 57, no. 309 (may.-jun. 2008), p. 19-20, 2008.
- CAPELLA José Ramón, “Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado” Ed. Trotta 1997.
- CASSESE, Sabino, “Global Standars for national Administrative Procedure” Law and Contemporary Problems [Vol. 68:109, 2005.
- CASSESE, Sabino, “La Globalización Jurídica” Instituto Nacional de Administración Pública, Ed Marcial Pons 2006.
- CASSESE, Sabino, “Las Bases del Derecho Administrativo” Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, 1994.
- CASSESE, Sabino, “Oltre lo Stato”; Editori Laterza & Filgi. 2006.
- CASSESE, Sabino, I Tribunali di Babele, I giudicu alla ricerca di nuovo ordine globale; Donzelli Editore, Roma; 2009.
- CASSESE, Sabino, Il Diritto Globale; Giustizia e Democrazia Oltre lo Stato, Giulio Einaudi Editore s.p.a. Torino, 2009.
- CASSESE, Sabino, Il Mondo Nuovo del Diritto, Un Giurista e il Suo Tempo; Societa Editrice Il Mulino, 2008.
- CHARNOVITZ, Steve Transparency and Participation in the World Trade Organization, 56 Rutgers L. Rev. 927 (2004).
- CHARNOVITZ, Steve; The wto and cosmopolitics; J Int Economic Law (2004) 7 (3): 675-682
- CHARNOVITZ, Steve; The WTO’s Environmental Progress; J Int Economic Law (2007) 10 (3): 685-706
- CHEYRE, Juan Emilio y COBO, Nicolás Eds.; Transparencia en Chile, Logros y Desafíos a cinco años de vigencia de la Ley, Orjikh Editores Ltda. 2014.
- CIPRIANO Jordi, CARRASCO Juan Felipe, ARBOS Marc; La Imposible Coexistencia, Siete Años de Transgénicos contaminan el Maíz Ecológico y el convencional: una aproximación a partir de los casos de Cataluña y Aragón; Greenpeace 2005.

- CLARO, Sebastian y RREDIG, Fabian; La Pregunta de la Reina; Lecciones de la primera crisis económica mundial del sXXI; Pearson 2010
- CONTESSÉ, Jorge Ed. El Convenio 169 de la OIT y el Derecho Chileno; Mecanismos y Obstáculos para su implementación; Ediciones Universidad Diego Portales 2012.
- CRUZ, Anabel, POUSADELA Inés M. / EDITORAS; Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil, Fundación W.K. Kellogg.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (editor), Dimensiones Jurídicas de la Globalización. Editorial Dykinson S.L, 2007.
- DEVOS, Yann, Demont Matty, Dillen Koen, Reheul Dirk, Kaiser Matthias, Sanvido Olivier; Coexistence of genetically modified (GM) and non-GM crops in the European Union. A review; Agron. Sustain. Dev. (2008) INRA, EDP Sciences, 2008.
- DÍAZ DÍAZ, Maria Cruz y Nevado-Batalla, Pedro “Algunas reflexiones sobre las malas prácticas, corrupción y ética del bien común. Una visión desde el derecho administrativo” Revista de Estudios Locales CUNAL N.º 180, 2015,
- DOMINGO, Rafael, ¿Qué es el Derecho Global? (2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, 2008).
- DONOSO, Sebastián; Chile y el convenio 169 de la OIT: reflexiones sobre un desencuentro; 2008.
- DOUGLAS, Lewis; Law and Globalization: An Opportunity for Europe and its Partners and Their Legal Scholars; European Public Law; Volume 8, Issue 2, Kluwer Law International, 2002.
- DOWNES, Chris; The Impact of WTO Transparency Rules: Is the 10,000th SPS Notification a Cause for Celebration?—A Case Study of EU Practice; J Int Economic Law (2012) 15 (2): 503-524 first published online March 20, 2012
- DUCCI CLARO, Carlos “Derecho Civil, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, 4º Ed., Santiago, Chile, 1995.
- DUVAL VARAS, Tomás; Informe Especial Las ONG en Chile; VOL. XVIII No 167, Marzo de 2007, Instituto Libertad.

- DYZENHAUS, David; The Rule of (Administrative) Law in International Law; Law and Contemporary Problems [Vol. 68:127 (2005)].
- EDWARDS, Michael, NGO Rights and Responsibilities: A New Deal for Global Governance, London: Foreign Policy Centre, 2000.
- EHLERMANN, Claus-Dieter and LOCKHART Nicholas; Journal of International Economic Law Vol 7 Numero 3 2004. Oxford University Press.
- EHRING, Lothar; Public access to dispute settlement hearings in the world trade organization; Journal of International Economic Law 11(4), 1021–1034 2008.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999–2010); Revista Actualidad Jurídica N.º 23 - Enero 2011 Universidad del Desarrollo.
- ESCOBEDO, Juan Francisco; “Información pública y cultura democrática”, en Sosa José, compilador “Transparencia y rendición de cuentas”; Siglo XXI Editores, México, 2011
- FARÍA José Eduardo; “El Derecho en la Economía Globalizada”; Ed. Trotta Madrid (2001) p.151.
- FERMANDOIS, Arturo (2000) Sentencia del tribunal Constitucional (I). Convenio N.º169 de la O.I.T: sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Informe Constitucional, números 2295, 2296 y 2297, Santiago.
- FERNÁNDEZ ALEMANY, Andrés.; Piedra Ravanal, Christian de la; Implementación y evolución de los derechos contenidos en el Convenio OIT 169: aporte a la jurisprudencia y pronóstico de desarrollo futuro de sus implicancias ambientales y regulatorias; Revista Estudios públicos N.º. 121 (verano 2011), p. [71]-132, 2011.
- FERNÁNDEZ R. SEVERIANO Y PÉREZ M. JOSÉ M. ; Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno; Thomson Reuters, Aranzadi 2014
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Internacionales; Consejo General de Notariado, 2003.

- FERREIRO, Alejandro; “Dinero, política y transparencia: el imperativo democrático de combatir la corrupción” Ponencia presentada en la 9ª Conferencia Anticorrupción, Durban Sudáfrica, 1999.
- FLIESS, B. (2014), “Transparency of Export Restrictions: A Checklist Promoting Good Practice”, OECD Trade Policy Papers, No. 164, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/5jz417hpk38q-en>
- FUENMAYOR ESPINA, Alejandro; El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública /. –1 ed. – San José C.R.: Oficina de la UNESCO para América Central, 2004.;
- FUENZALIDA, Sergio; El Juicio por Inconstitucionalidad al Convenio 169 de la OIT Análisis Crítico de las Posiciones de las partes y del Fallo del Tribunal Constitucional a la luz de los Pueblos Indígenas.
- GALLARDO CASTILLO, Maria Jesús, Revista Catalana de dret public
<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/12/12/transparencia-poder-publico-y-derecho-a-la-informacion-maria-jesus-gallardo/>
- GAO, Henry and Lim, C. L.; Saving the WTO from the Risk of Irrelevance: The WTO Dispute Settlement Mechanism as a ‘Common Good’ for RTA Disputes; J Int Economic Law (2008) 11 (4): 899-925
- GARCÍA LÓPEZ, Julio Antonio; Globalización y Derecho una Aproximación desde Europa y América Latina, Editores Jesús Lima, Antonio Ortiz Arce. Ed. Diles SL 2007 pp.221-235
- GARCÍA MACHO, Ricardo ed.; Derecho Administrativo de la información y administración transparente; Marcial Pons 2010.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.; Aplicación Territorial del Derecho Administrativo y Competencia de los Tribunales Contencioso-Administrativos Españoles en un Entorno de Globalización; Anuario Español de Derecho Internacional Privado t.II, 2002, pp. 115-128.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V; Revista de Administración Pública Núm. 164. Mayo-agosto 2004, pp. 7-39.

- GONZÁLEZ LAYA, Arancha; Globalización y Derecho, una visión desde la OMC en Julio Ponce Sole Coord.; Derecho Administrativo Global; Organización, procedimiento, control judicial. INAP, Marcial Pons, 2010.
- GONZÁLVEZ, Víctor; Breve informe sobre zonas libres de transgénicos y leyes de coexistencia en Europa; Sociedad Española de Agricultura Ecológica (SEAE), 2005.
- GUICHOT, Emilio; Transparencia y Acceso a la Información en el derecho Europeo; Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, 2011.
- GUTIÉRREZ VICEN, Carlos, La Nueva regulación de la administración general del estado en el exterior; El Derecho Administrativo en el Umbral del siglo XXI: Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Coord. Por Francisco Sosa Wagner, Ed. Tirant lo Blanch, 2000. pp. 353-396.
- HALLE, Mark and WOLFE, Robert; A new approach to transparency and accountability in the WTO; Issue Brief 06 Entwined 2010
- HARLOW Carol; Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, The European Journal of International Law Vol. 17 no.1, 2006.
- HART H. L. A., El Concepto de Derecho. Editorial Abeledo – Perrot 2007.
- HERVÉ ESPEJO, Dominique; “Desarrollo de un marco jurídico e institucional para la bioseguridad en Chile” diagnóstico sobre la legislación e institucionalidad chilena en materia de seguridad de la biotecnología, U de Chile 2002.
- HOEKMAN, Bernard; Operationalizing the Concept of Policy Space in the WTO: Beyond Special and Differential Treatment; J Int Economic Law (June 2005) 8 (2): 405-424
- INDIGENOUS & TRIBAL PEOPLES’ RIGHTS IN PRACTICE; A GUIDE TO ILO CONVENTION No. 169; International Labour Standards Department, 2009
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile. Capítulo: "Pueblos Indígenas".

- IRARRÁZABAL, Felipe y AVENDAÑO, Andrea; “La Mirada de la Fiscalía Nacional Económica sobre el Equilibrio entre la Transparencia de la Función Investigadora y Litigante de un Órgano Persecutor”,
- IRARRÁZABAL, Ignacio y GUZMÁN Julio; El rol de los incentivos tributarios para las instituciones sin fines de lucro: Análisis de la experiencia internacional, en Estudios públicos N.º 77, Santiago, 2000.
- IZQUIERDO, Juan director; Marco regulatorio en bioseguridad de las agrobiotecnologías y coexistencia de cultivos, en el Mercosur ampliado y en países andinos, para la producción agrícola sustentable. UMSA 2012.
- JACKSON, J.H.; The WTO 'constitution' and proposed reforms: seven 'mantras' revisited; J Int Economic Law (2001) 4 (1): 67-78
- JACKSON, John H.; Fragmentation or Unification Among International Institutions: the Worlds Trade Organization; Journal of International Law and Politics [Vol. 31:823. New York University.
- JOHNS, Gary NGO WAY TO GO Political Accountability of Non-government Organizations in a Democratic Society; IPA Backgrounder, November 2000, Vol. 12/3.
- KASTURI, Sen, October 2007; Civil Society Perspectives on the Paris Declaration and Aid Effectiveness.
- KELSEN, Hans, La Paz por Medio del Derecho; Editorial Trotta, 2008.
- KERN, Soeren, Spanish Government Funding for NGOs: 2009-2011, Assessing Transparency, Accountability, & Impact, NGO Monitor Monograph Series, May 2013.
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH Nico, & STEWART Richard B., The Emergence of Global Administrative Law, 68 Law and Contemporary Problems, 15 (Summer/Autumn 2005).
- KINGSBURY, Benedict, KRISCH Nico, STEWART Richard B., & WIENER Jonathan B.; Global Governance as Administration—National and Transnational Approaches to Global Administrative Law; Law and Contemporary Problems, Volume 68 Summer/Autumn 2005 Numbers 3 & 4.

- KINGSBURY, Benedict, The Concept of 'Law' in Global Administrative Law; The European Journal of International Law Vol. 20 no. 1, 23-57 2009.
- KINGSBURY, KRISCH & STEWART, The Emergence of Global Administrative Law, 68 L. & CONTEMP. PROBS. 15 (Summer/Autumn 2005).
- KRISCH, Nico y KINGSBURY, Benedict; Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order; The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 (2006).
- KRISCH, Nico, The Pluralism of Global Administrative Law, The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 (2006).
- KRUGMAN, Paul; La Era de las Expectativas Limitadas; Ariel Sociedad Económica, 1998.
- KUDO, H. (2008) Does e-government guarantee accountability in public sector? Experiences in Italy and Japan. Public Administration Quarterly, Vol. 32(1), 93-120.
- LASEN Carolina, MANZUR, Isabel y FLORES, Luis; Recomendaciones Finales del Proyecto; Acceso a Recursos Genéticos, distribución de beneficios y protección del conocimiento tradicional en Chile; LOM Ediciones 2004.
- LASEN, Carolina, MANZUR, Isabel y FLORES, Luis; Recomendaciones Finales del Proyecto Acceso a Recursos Genéticos Distribución de Beneficios del Conocimiento Tradicional en Chile, 2004
- LEJÁRRAGA, I. (2013), "Multilateralising Regionalism: Strengthening Transparency Disciplines in Trade", OECD Trade Policy Papers, No. 152, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k44t7k99xzq-en>
- LEJÁRRAGA, I. y B. Shepherd (2013), "Quantitative Evidence on Transparency in Regional Trade Agreements", OECD Trade Policy Papers, No. 153, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k450q9v2mg5-en>
- LORCA, Carlos; El deber de consultar a los pueblos; Guatemala, diciembre de 2009; POP – WUJ
- LOYD, Robert, The Role NGO Self-Regulation in Increasing Steaksholders Accountability; Julio 2005 One World Trust.

- MANZUR, Isabel Ed. Biodiversidad, Erosión y Contaminación Genética del Maíz Nativo en América Latina” 1a edición octubre 2011,
- MANZUR, Isabel, Catácora Georgina, Cárcamo Ma Isabely otros Eds; América Latina: La Trangénesis de un Continente, , Grafic Andes Ltd Impresores. 2009
- MANZUR, Isabel, Estudio sobre la Biodiversidad, Erosión y Contaminación Genética del Maíz Criollo en Chile, Gráfica Roque Octubre 2011
- MANZUR, Isabel; Biotecnología y Biodiversidad, La Situación de los Transgénicos en Chile; 2005, Fundación Sociedades Sustentables.
- MANZUR, María Isabel, Situación de la Biodiversidad en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad; LOM Editores; 2005.
- MANZUR, María Isabel; Biotecnología y Bioseguridad, La Situación de los Transgénicos en Chile; Fundación Sociedades Sustentables, 2005.
- MARCEAU, Gabrielle & HURLEY, Mikella, Transparency and Public Participation in the WTO: A Report Card on WTO Transparency Mechanisms 4(1) TRADE L. & DEV. 19 (2012)
- MARIN, JM. (2009). Indice Latinoamericano de Transparencia Presupuestaria. Coordinador, Fundar, Centro de Análisis e Investigación A.C.
- MARIÑO MENENDEZ, Fernando; Derecho Internacional Público (Parte General) Editorial Trotta, 2005.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo; El control de producción de semillas transgénicas por medio de contratos, Revista para el análisis del derecho InDret 1/2012 ENERO 2012
- MAXWELL Daniel, Peter Walker and Cheyanne Church; Paul Harvey, Kevin Savage and Sarah Bailey, Roslyn Hees and Marie-Luise Ahlendorf; Preventing Corruption in Humanitarian Assistance Final Research Report; Published by Transparency International, July 2008.
- MAYORGA, Roberto, MORALES Joaquín y POLANCO Rodrigo: Inversión Extranjera Régimen Jurídico y Solución de Controversias, Aspectos Nacionales e Internacionales Lexis Nexis 2005.
- MENDIOLA, Ignacio; El Jardín Biotecnológico, Tecnociencia, Transgénicos y Biopolítica, Los Libros de la Catarata, 2006.

- MEREMINSKAYA, Elina; El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales: derecho internacional y experiencias comparadas; Estudios públicos No. 121 (verano 2011), p. [213]-276 2011.
- MIR PIUGPELAT, Oriol; “Globalization y Derecho Las Transformacionaes recientes del Derecho Administrativo”; Civitas, 2004.
- MONTT OYARZÚN, Santiago; MATTA AYLWIN. Una visión panorámica al Convenio OIT 169 y su implementación en Chile; Estudios públicos No. 121 (verano 2011), p. [133]-212, 2011.
- MONTT, Santiago, State Liability in Investment Treaty Arbitration Global Constitutional and Adminitrative Law in the BIT Generation.; Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.
- MORENO MOLINET, Jaime E. Responsabilidad por Falta de Servicio DE la Administración del Estado a Partir de las Normas del Código Civil, “Un Paso más Hacia la Unidad del Sistema”, La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, N.º 1 – 2010.
- MORENO MOLINET, Jaime E., responsabilidad por falta de servicio de la administración del estado a partir de las normas del código civil. “Un paso más hacia la unidad del sistema”, La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, N.º 1 – 2010
- MOYA D. Emilio, ORTIZ Ch. Paula, SOTO P. Verónica, MURDEN S. Andrea, ATTON P. Vivian Transparencia y Rendición de Cuentas en Organizaciones sin Fines de Lucro. Chile Transparente, Capítulo Chileno de Transparencia Internacional, Andros Impresores 2012.
- MURCI BORJAS, José Antonio, Derecho Administrativo Global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007.
- NAIDOO Kumi, CIVICUS: World Alliance for Citizen Participation Civil Society Accountability: ‘Who Guards the Guardians?’ (abril 2003).
- NAIDOO, Kumi, ¿El fin de la fe ciega? La sociedad civil y los desafíos de la rendición de cuentas, la legitimidad y la transpencia en ”Anabel Cruz, Inés M. Pousadela / Editoras; “Ver a Través Transparencia y Rendición de Cuentas de la Sociedad Civil”, Fundación W.K. Kellogg 2008.

- NEVADO-BATALLA M., Pedro; legalidad y Buena Administración, garantías del ciudadano frente a la corrupción y las malas prácticas en la gestión pública, Grupo Editorial Ibáñez, 2009
- NOTES ON THE IMPLEMENTATION BY LATIN AMERICAN COURTS OF THE ILO CONVENTION 169 ON INDIGENOUS PEOPLES; CHRISTIAN COURTIS SUR - INTERNATIONAL JOURNAL ON HUMAN RIGHTS Year 6; Number 10; São Paulo, June 2009
- OLIVARES S, Zacarías I, Andrade M, Kain J, Lera L, Vio F, Morón C. Food Nutr Bull. Nutrition education in Chilean primary schools. 2005 Jun;26(2 Suppl 2):S179-85.
- OMS, Biotecnología Moderna de los Alimentos, Salud y Desarrollo Humano: Estudio Basado en Evidencias; Departamento de Inocuidad Alimentaria, Zoonosis y Enfermedades Transmitidas por los Alimentos, 2005.
- PADIDEH Alai; From the Periphery to the Center? The Evolving WTO Jurisprudence on Transparency and Good Governance; J Int Economic Law (2008) 11 (4): 779-802 first published online October 20, 2008
- PESCIO VARGAS Victorio, “Manual de Derecho Civil. De Las Personas-De los Bienes y la Propiedad”, Tomo III, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1978, pág. 110, pág. 138.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich; Challenges to the legitimacy and efficiency of the world trading system: democratic governance and competition culture in the WTO: introduction and summary; J Int Economic Law (2004) 7 (3): 585-603
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich; WTO Negotiators Meet Academics: The Negotiations on Improvements of the WTO Dispute Settlement System; J Int Economic Law (2003) 6 (1): 237-250
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio; Los Tratados Internacionales Sobre Derechos Humanos en el Orden Normativo Interno. Ius et Praxis. 2003, vol.9, n.1, pp. 467-484
- PIERRY ARRAU, Pedro; Algunos Aspectos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio; Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII N 2 de 1995

- PIERRY ARRAU, Pedro; La Falta de Servicio en la Actividad Médica, Revista de Derecho, N.º 8 (agosto 2003).
- PIERRY ARRAU, Pedro; Responsabilidad de los Entes Públicos por el Mal Estado de las Vías Públicas; Ponencia XV Jornadas de Derecho Público Noviembre de 1984.
- PIERRY ARRAU, Pedro; Responsabilidad de los entes públicos por el mal estado de las vías públicas, Ponencia presentada en las xv Jornadas de Derecho Público celebradas los días 15. 16 Y 17 de noviembre de 1984, en la Universidad de Valparaíso.
- PULIDO, Miguel Angel, Una aproximación a la información pública en poder de la CNDH, El acceso a la información en la CNDH; Alexander Ruiz Euler Coord. Transparencia y Rendición de Cuentas, Distribuciones Fontamara S.A. 2006
- RAJEVIC MOSLER, Enrique; La inclusión del principio de probidad en la constitución y la función de control: una necesaria revisión. Trabajo presentado en las XXXVI Jornadas de Derecho Público “Reformas Constitucionales 2005.Un año después”. Facultad de Derecho Universidad de Chile, 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2006
- RAJEVIC, Enrique; El Consejo para la Transparencia como “Administración Independiente”. /en/ LETELIER & RAJEVIC (coords.) Transparencia en la Administración Pública
- RAMOS PEDRUEZA, Ximena; El impacto de los transgénicos en los derechos humanos de las y los mexicanos; Defensor; Revista de Derechos Humanos; Derecho a la alimentación adecuada. Número 09, año x, septiembre de 2012
- RAVEST IBARRA, Maximiliano; El Reconocimiento de los PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES. BREVE ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO; DERECHO Y HUMANIDADES, N.º 17, 2011, pp. 91-118.
- RAWLS, John; The Law of the People; Harvard University Press 2002.
- REPORT OF THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION
Contribution to the: Study by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples on: Indigenous peoples and the rights to participate in decision-making.

- RIVERO ORTEGA, Ricardo; “Introducción al Derecho Administrativo Económico”; Ratio Legis 3ª edición 2005.
- RODRIGUEZ G., Nicolás; ¿ONG Delinquere Protest? Apuntes Críticos sobre la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas por sus conductas desviadas en el sistema penal español; en Cheyre, Juan Emilio et al, eds Fortalecimiento Institucional, Transparencia y accountability para un buen gobierno Orjijk Editores, 2011
- ROSENKRANTZ, Carlos; En Defensa de una Responsabilidad Estricta, Una Revisión Crítica del Tratado de Responsabilidad Extracontractual de Enrique Barros; Estudios Públicos, 112 (primavera, 2008).
- RUDDY, Brendan; The Critical Success of the WTO: Trade Policies of the Current Economic Crisis; J Int Economic Law (2010) 13 (2): 475-495
- SÁNCHEZ LAMBAS, Jesús, ALBERGAMO MARÍA ED. “Estados modernos, Transparencia y homeopatía” La Transparencia Engaña, Madrid Biblioteca Nueva 2014
- SANCHEZ ZORRILA, Manuel; Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n.º 14, 2011
- SANDFORD, Iain; The Importance of Transparency in WTO Dispute Settlement; Lowy Institute Conference on Enhancing Transparency in the Multilateral Trading System – 4 July 2007.
- SAUVANT Karl P., SACHS Lisa E. (eds.): The effects of Treaties on Foreign Direct Investment; Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows: Oxford University Press 2009.
- SCHAPER, Marianne, PARADA, Soledad, Organismos genéticamente modificados: su impacto socioeconómico en la agricultura de los países de la Comunidad Andina, Mercosur y Chile, División de Medio Ambiente y Asentamientos Humanos CEPAL noviembre de 2001.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La Ciencia del Derecho Administrativo ante el Reto de la Internacionalización de las Relaciones Administrativas; Revista de Administración Pública Núm 171, Septiembre- Diciembre (2006) pp. 7-34.
- SLIM, Hugo, Senior Lecturer Oxford Brookes University; “By What Authority? The

- Legitimacy and Accountability of Non-governmental Organisations” 2002, International Council on Human Rights Policy.
- SOREGAROLI, Claudio and WESSELER Justus; Minimum Distance Requirements and Liability: Implications for Co-Existence; 2005 MPRA Paper No. 33230, posted 8. September 2011
- SOSA, José, Un Ensayo Introductorio, en Sosa José, compilador “Transparencia y rendición de cuentas”; Siglo XXI Editores, México, 2011
- SOTO KLOSS, Eduardo; Derecho Administrativo Bases Fundamentales, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo; Derecho Administrativo Temas Fundamentales; Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010.
- STEGER, Debra P.; Introduction to the Mini-Symposium on Transparency in the WTO; J Int Economic Law (2008) 11 (4): 705-715
- STEGER, Debra P.; The Future of the WTO: The Case for Institutional Reform; J Int Economic Law (2009) 12 (4): 803-833 first published online September 10, 2009
- STEWART Richard B; U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law? Law and Contemporary Problems [Vol. 68:63 (2005)].
- STIGLITZ, Joseph E.; El Malestar de la Globalización; Santillana Ediciones Generales S.A.; 2002.
- STIGLITZ, Joseph E.; The Roaring Nineties; WW Norton and Companies, 2003.
- TUGORES QUES, Juan; Crisis: Lecciones aprendidas...o no. Fundación Privada CEI; Marcial Pons 2010
- TWINING, William, Derecho y Globalización; traducción de Oscar Guardiola Rivera y Clara Sandoval Villalba; Siglo del Hombre Editores 2003.
- UMBRICHT, Georg C.: An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO; J Int Economic Law (2001) 4 (4): 773-794
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel; Alcances jurídicos del Convenio 169; Revista Estudios públicos No. 121 (verano 2011), p. [35]-70 2011.

- VAN DEN BOSSCHE, Peter; Ngo involvement in the wto: a comparative perspective; *Journal of International Economic Law* 11(4), 717–749 2008
- VAN DEYNZE Allen, Martins Jeannette, and Bradford Kent J.; *An Analysis of Transgenic Field Trials in the United States*; Seed Biotechnology Center, One Shields Avenue, University of California, Davis.
- VIAL DEL RÍO, Victor y LYON PUELMA, Alberto “Derecho Civil, Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas” Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.
- VILLEGAS DELGADO, César; *La Preeminencia del Derecho en el Derecho Internacional*; Thomson Reuters Aranzadi, 2013
- VILLENA, Marcelo “Evaluación de Impacto de los Programas de Alimentación de la JUNAEB, del Ministerio de Educación” SCL ECONOMETRICS S.A. Economía Aplicada, Regulación & Estrategia.
- VILLENA, Marcelo; SCL ECONOMETRICS S.A. Evaluación de Impacto de los Programas de Alimentación de la JUNAEB, del Ministerio de Educación, Jefe de Proyecto: Ph.D. Dirección de Presupuesto SANTIAGO, 2013
- VIÑUELA HOJAS, Mauricio, *La Responsabilidad del Estado Chileno por Hechos de la Administración: Avances y retrocesos*. 2005.
- VIVERO, Jose Luis y ERAZO Ximena, eds. Capítulo 8 del libro “Derecho a la Alimentación, Políticas Públicas e Instituciones contra el Hambre”. Ediciones LOM, Santiago, Chile. 2009. Pags. 217-256.
- VIVERO, José Luis, SCHOLZ Vera, García Cebolla Juan Carlos; “La Justiciabilidad del Derecho a la Alimentación en América Latina”, N 10 abril 2009, Working Paper
- VIVEROS, Felipe, *Estado y Legalidad: El Peso de la Noche en la Sociedad Civil Chilena*.
- VIVEROS, Felipe, *Participación: Dimensiones Teóricas, Políticas y Jurídicas*.
- WALDEN Bello; *Lack of Transparency in the WTO*; *Development Dialogue* 2002:1.
- WARREN, Shana y LOYD, Roberto; *Civil Society Self-Regulation The Global Picture*; Briefing Paper N 119, Junio de 2009. One World Trust.

- WOLFE, Robert, Decision-Making and Transparency in the 'Medieval' WTO: Does the Sutherland Report have the Right Prescription? *European Journal of International Relations* (2010) 16 (4): 563-587.
- WOLFE, Robert; Regulatory transparency, developing countries and the WTO; *World Trade Review* (2003), 2: 2, 157–182.
- WTO Discussions Narrow in on Transparency and Civil Society Relations; *Bridges*, Volume 2, Number 5, July 1998.
- ZADEK, S. (1998) Balancing performance, ethics, and accountability. *Journal of Business Ethics*, Springer.
- ZOLO, Danilo, El globalismo judicial de Hans Kelsen; *Jura Gentium*, III (2007), 1, en http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/thil/kelsen.htm#*